Ersitzung beweglicher Sachen

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Kgl. Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg zur Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Hubert Borscht
Rechtspraktikant aus Kitzingen.

ACAD. LANDWIRT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

Referent: Professor Dr. **A. Mendelssohn-Bartholdy.**

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Kurzer geschichtlicher Überblick 1

Erster Abschnitt.

§ 1. Begriff und Wirkungsgebiet der Ersitzung 3

Zweiter Abschnitt.

Die Erfordernisse der Ersitzung

§ 2. 1. Besitz 11

§ 3. 2. Zeit 20

a) Anrechnung 22

b) Hemmung 32

c) Unterbrechung 40

§ 4. 3. Guter Glaube 49

§ 5. 4. Ersitzbarkeit 57

Dritter Abschnitt.

§ 6. Die Freiheitsersitzung 59

Vierter Abschnitt.

§ 7. Ersitzung und Verjährung 62

Literaturverzeichnis.

Bähr, Zur Beurteilung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München 1888.

Bähr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Cassel 1890.

Biermann, Das Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1903.

Buhl, Dr., Das Recht an beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Rostock 1897.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 4. Aufl. Jena 1903.

Cosack in den Beiträgen von Bekker und Fischer zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg, Lehrbuch. Bd. 3. 5. Aufl. Halle 1905.

Dobring, Die Hemmung des Fortgangs der Ersitzung des Eigentums nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Inaugural-Dissertation Rostock 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. und 9. Aufl. Berlin 1905.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Gierke in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Heft 3.

Grützmann im Sächs. Archiv Bd. 5.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge. Mannheim 1900.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 34 u. 38.

Klöppel in Gruchots Beiträgen Bd. 32.

Lessing im Sächs. Archiv Bd. 6 Heft 10.

Maas, Bibliographie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1907.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1900.

Meischeider in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Heft 3: Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurfe.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3: Sachenrecht. Berlin und Leipzig 1888.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3. 3. Aufl. Berlin 1903.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Gebhardt, Spahn. Bd. 3: Sachenrecht. Berlin 1899.

Stahmer, Der gute Glaube bei der Eigentumsersitzung nach römischem und gemeinem Rechte sowie nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Rostocker Inaugural-Dissertation, Blankenese 1903.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. München 1905.
Strohal, Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1898.
Strohal in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 30.
Traumann, Wirkungen des Erwerbs im guten Glauben nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Erlanger Inaugural-Dissertation, Bonn 1898.
Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. Bd. 1 u. 2. München 1898 u. 1900.

Einleitung.

Kurzer geschichtlicher Überblick.

Dem älteren deutschen Privatrecht war sowohl das Institut der Ersitzung als auch die Verjährung — letztere wenigstens im allgemeinen — vollkommen unbekannt. Dem Gedanken von der rechtszerstörenden und rechtserwerbenden Wirkung eines längere Zeit dauernden und innerhalb dieser nicht angefochtenen Zustands wurde insofern Rechnung getragen, als in einzelnen Fällen ein Recht bei Nichtausübung in Jahr und Tag verloren ging; so der Erbschaftsanspruch und die Eigentumsklage bezüglich gestohlener und verlorener Sachen. Doch hatte dieses eigenartige Institut nur prozessuale Bedeutung. Das durch die Gewere hervorgegangene Recht brauchte nicht durch ein Zurückgehen auf den Urheber, sondern konnte durch den Eid des Gewere-Inhabers bewiesen werden.

Durch die Rezeption kamen, nachdem die Ersitzungsfristen für Immobilien schon zur Zeit der Volksrechte einen gewissen Einfluß erlangten, auch die Sätze der usucapio für bewegliche Sachen in das deutsche Recht mit der Wirkung, daß Eigentum durch Ersitzung erworben werden konnte, wenn alle gemeinrechtlichen Erfordernisse gegeben waren. Der Einfluß des heimischen Rechtes machte sich aber insofern geltend, als zur Vollendung der ordentlichen Ersitzung, für die Titel und guter Glaube gefordert war, nicht drei Jahre, sondern nur Jahr und Tag, bei der außerordentlichen Ersitzung, deren notwendige subjektive Voraussetzung lediglich im guten Glauben bestand, meist 31 Jahre und einen Tag dauernder Besitz verlangt wurde.

Für gestohlene Sachen, die im Bürgerlichen Gesetzbuche ein Hauptanwendungsgebiet für die Ersitzung darstellen, war in der ordentlichen römischen usucapio kein Raum. Auch nach der Carolina Art. 209 konnte an einer solchen Sache in keiner Zeit eine Gewere ersessen werden. Eine Streitfrage bestand im gemeinen Recht, ob Furtivität auch für die Wirksamkeit der außer-

ordentlichen Ersitzung ein Hinderungsgrund sei. In vielen Partikularrechten wurde die Frage bejaht, so in Sachsen, während in Preußen die Ausnahmestellung der res furtivae erheblich abgeschwächt wurde.

Eine weitere Kontroverse bestand hinsichtlich der Zulässigkeit des Putativtitels. Auf seiten der subjektiven Usukapionstheorie, die eine entschuldbare Unkenntnis von der Ungültigkeit der Erwerbstatsache als der Wirksamkeit der Ersitzung nicht entgegenstehend betrachtete, befanden sich Windscheid, Vangerow, Koth u. a., während sich Fittig, Unger u. a. zu Anhängern der objektiven Usukapionstheorie bekannten, die einen bloßen Putativtitel für die Ersitzung nicht zulassen will. Für die Zulässigkeit eines Putativtitels spricht sich ferner Dernburg, dagegen Förster-Eccius aus. Das sächsische Gesetzbuch ließ infolge seiner freieren Gestaltung des Instituts der Ersitzung einen gewissen Raum für den Putativtitel.

Eine Meinungsverschiedenheit bestand ferner darüber, ob der Erbschaftstitel zuzulassen sei. Für seine Geltung erklärten sich: l. 3 D pro herede (41, 5), das preuß. ALR. I, 9 § 617, das Züricher GB. § 643 und das bayer. Landrecht II, 4 § 6; den entgegengesetzten Standpunkt nahmen ein: das sächs. GB. §§ 270, 271, der code civil art. 2237, der hessische Entw. II, 5 Art. 48 und der bayer. Entw. III Art. 136, 137 Abs. 1.

Hinsichtlich der Grenzen der durch die Ersitzung zu heilenden Rechtsmängel gingen am weitesten das sächs. GB. § 268. Dagegen läßt das österreichische BGB. § 1461 lediglich den Rechtsmangel des „Übergebers", mit dem der Vermächtnisgeber, der Schenker, der Darlehensgeber usw. identifiziert wird, als Wirkungsgebiet für die Ersitzung gelten. Ihm folgte der hess. Entw. II, 5 Art. 33; vgl. bayer. Entw. III Art. 134.

Das Bürgerliche Gesetzbuch versuchte nun hinsichtlich dieser und anderer Streitfragen und Verschiedenheiten Klarheit zu schaffen und hat dieser Aufgabe auch tatsächlich in der knappen Kürze, mit der es die Ersitzung behandelt, im allgemeinen genügt.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Begriff und Wirkungsgebiet der Ersitzung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Definition des Ersitzungsbegriffes. Der § 937 enthält nur eine in positive und negative Form gefaßte Aufzählung der Erfordernisse, bei deren Vorliegen ein Eigentumserwerb durch Ersitzung stattfindet. Eine allgemeine, alle Ersitzungsarten des Bürgerlichen Gesetzbuches in ihrem Wesen treffende Definition läßt sich wegen der Verschiedenheit der Behandlung des Eigentumserwerbs an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auch nicht aufstellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt für die erst anläßlich der 2. Lesung aufgenommene Tabularersitzung nicht guten Glauben, während dieser bei der Mobiliarersitzung, wenn auch ausdrücklich zur Exzeption gestellt, doch als ein Haupterfordernis der Ersitzung an beweglichen Sachen genannt werden muß. Wenn man daher die Ersitzung einen durch qualifizierten, längere Zeit hindurch fortgesetzten Besitz einer beweglichen Sache erfolgenden Eigentumserwerb nannte,[1]) so nahm man in die Begriffsbestimmung ebensowenig wie der bekannte römische Satz usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti ein wesentliches Begriffsmerkmal auf. Die Ersitzung an beweglichen Sachen im Bürgerlichen Gesetzbuch stellt sich vielmehr dar als ein durch gutgläubig erworbenen und zehn Jahre im guten Glauben fortgesetzten Eigenbesitz erfolgender Eigentumserwerb.

Das Wesen der Ersitzung beruht auf der Erkenntnis der rechtserwerbenden Wirkung eines gewissen Zeitablaufs, dessen quantitative Festsetzung allein dem Gesetze verbleibt. Doch genügt, wie aus dem Vorhergesagten erhellt, dieser Zeitablauf allein zum Eigentumserwerb durch Ersitzung nicht. Es ist auch eine subjektive

---

[1]) Matthiaß, Bürgerliches Recht Bd. 2 S. 50.

Tätigkeit des durch die Ersitzung Erwerbenden notwendig. Das ist der bewußte Wille des Ersitzenden, die Sache als die seinige zu besitzen. Dieser Wille muß moralisch gestützt sein durch die Überzeugung, als Eigentümer zu dem Besitze berechtigt zu sein. Dieser bewußten Tätigkeit des Ersitzenden muß selbstverständlich die vollkommene Unkenntnis von seiner Ersitzungslage gegenüberstehen. Ein Wissen oder auch nur ein Ahnen würde sich nicht mit dem Erfordernis des guten Glaubens vereinbaren können und damit eine Ersitzung ausschließen.

Der so erlangte Erwerb ist originärer Natur. „Schon die ganze Anlage der Usukapion, selbst das Wort usucapio unterstützt die Annahme des originären Erwerbs.“[1]) Würde sich, wie mit Brinz noch heute einige Schriftsteller meinen, die Ersitzung als eine derivative Erwerbsart darstellen, so müßte der auf ihr beruhende Eigentumserwerb doch auf die Zeit des Besitzerwerbs durch den Ersitzenden zurückdatiert werden. Die Existenz eines Rechtsvorgängers ist allerdings dazu angetan, sehr leicht irrezuführen. Doch kommt dies heute bei der Veränderung des Wirkungsgebiets der Ersitzung im Gegensatz zu früher weniger in Betracht; denn von dem Fall der gutgläubigen Okkupation einer in Wirklichkeit nicht derelinquierten Sache abgesehen, wird trotz der Meinung des durch Ersitzung Eigentümer gewordenen, einen Rechtsvorgänger zu haben, ein solcher in Wahrheit meistens nicht vorhanden sein. Man hat sich demnach die Ersitzung vorzustellen als eine Vernichtung des Eigentums auf der einen und einen Erwerb originärer Natur auf der anderen Seite.

Die Ersitzung im Bürgerlichen Gesetzbuch nähert sich sehr der außerordentlichen Usukapion des römischen und gemeinen Rechtes. „Durch die Berücksichtigung subjektiver und objektiver Hindernisse in der Rechtsverfolgung auf Seite des durch die Ersitzung sein Eigentum Verlierenden kann die Ersitzung nach Analogie der außerordentlichen Ersitzung des gemeinen Rechts als die Kehrseite der Verjährung des dinglichen Anspruchs gelten.“[2]) Das Erfordernis des Titels wurde abgeschafft, dafür die Zeit, innerhalb deren der gutgläubige Eigenbesitz ununterbrochen bestehen mußte, von 2 bezw. 3 Jahren auf 10 Jahre festgesetzt. Doch kann es trotz Abschaffung des Titels als notwendige Voraussetzung für die Ersitzung für den durch sie Erwerbenden notwendig werden, seinen Erwerbstitel anzugeben, um im Falle eines Prozesses die Behauptung des Ersitzungsgegners zu schlagen, der durch die Ersitzung Eigentümer gewordene könne während seiner Ersitzungs-

---

[1]) Czyhlarz in Glücks Pandektenkommentar Bd. 41 S. 25.
[2]) Mot. Bd. 3 S. 354.

lage nicht im guten Glauben gewesen sein, da er durch keinen diesen rechtfertigenden Titel in den Besitz der Ersitzungssache gelangt sei.[1])

Das Wirkungsgebiet der Ersitzung ist meist der Schutz des vermeintlichen oder seltener[2]) der des hinsichtlich des Erwerbsgrundes nicht mehr nachweisbaren Eigentums. In sehr vielen modernen Gesetzbüchern ist im Hinblick auf die Verkehrssicherheit dieser Schutz unmittelbar an die Erwerbstatsache geknüpft dadurch, daß das putative Eigentum zu einem in Wirklichkeit vor dem Gesetze bestehenden wird, wenn guter Glaube und gewisse andere Erfordernisse vorliegen. Ein derartiger dem gutgläubigen Besitzerwerb die Eigentumsqualifikation sofort verleihender Schutz ist viel wirksamer als der durch Ersitzung erfolgende, der in seiner vollen Wirkung im günstigsten Falle erst 10 Jahre nach dem Erwerbe des Eigenbesitzes eintritt und während dieser langen Zeit immerhin einen, wenn auch von dem Ersitzenden selbst nicht empfundenen Zustand der Unsicherheit mit sich bringt. Die Ersitzung wird daher praktisch um so weniger in die Erscheinung treten, je mehr diese unmittelbar sich an den gutgläubigen Erwerb anschließende Eigentumssanktion anerkannt ist.

In Nachahmung und Weiterbildung der Art. 306 und 307 des alten HGB. statuieren die §§ 932—936 BGB. einen derartigen Eigentumserwerb. Weiterhin macht sich die moderne Rechtsanschauung von der Notwendigkeit derartigen Schutzes geltend bei einer Veräußerung durch putative Erben, deren Erbenqualifikation durch den Erbschein gerechtfertigt erscheint. Auch hier findet nach den §§ 3366 und 2370 BGB. ein sofortiger Eigentumsübergang statt. Ebenso ist es mit der Verfügung von Erben über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand (§§ 2211 Abs. 1 BGB.) und mit der Veräußerung, die wegen einer bestehenden Nacherbschaft nicht statthaft wäre (§§ 2113 Abs. 2 und 2129 Abs. 1 BGB.), ferner bei der Grundstücksveräußerung mit Zubehör, das dem Veräußerer nicht gehört (§ 926 BGB.).

In allen diesen Fällen findet jedoch dieser sich unmittelbar an die Veräußerung durch einen Nichtberechtigten anschließende Erwerb nur statt, wenn der Erwerber hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers im guten Glauben ist und wenn die Sache durch körperliche Übergabe des Veräußerers oder durch ihr Surrogat der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher an den Erwerber gelangt (§§ 932, 933 i. V. m. § 929 Satz 1 BGB.), wobei § 935 BGB. aus-

---

[1]) s. S. 19.
[2]) s. S. 17.

drücklich verlangt, daß die so veräußerte Sache nicht gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen sein darf. Ausgenommen von der Regel der körperlichen Übergabe ist lediglich der Fall, wenn sie dadurch ersetzt wird, daß der mittelbare Besitzer seinen ihm gegen den unmittelbaren Besitzer zustehenden Herausgabeanspruch an den Erwerber der Sache abtritt.

Das früher so umfangreiche Wirkungsgebiet der Ersitzung ist demnach im Bürgerlichen Gesetzbuch beschränkt auf die durch die angeführten Paragraphen nicht getroffenen und verhältnismäßig wenigen Fälle. Das für die Ersitzung noch übriggebliebene Gebiet läßt sich in vier Zonen einteilen.

In der ersten Zone sind alle die Fälle zu denken, in denen wegen Mangel der körperlichen Übergabe außer der bereits erwähnten Ausnahme ein sofortiger Eigentumserwerb nicht stattfinden kann. Der Grund für die Forderung der körperlichen Übergabe wird wohl in der leicht entstehenden Unsicherheit und Ungewißheit zu suchen sein, die ein Mangel dieser Vorschrift verursachen könnte. Die Ersitzung greift demnach ein, wenn bei einer Veräußerung nach § 929 Satz 2 BGB. der Erwerber den Besitz nicht von dem Veräußerer erlangt hatte (§ 932 Satz 2 BGB.), und im Falle einer gemäß § 930 BGB. erfolgten Veräußerung, wenn auch hier dem Erwerber die Sache nicht von dem Veräußerer übergeben worden war (§ 933 BGB.).

Die zweite Zone umfaßt diejenigen Sachen, an denen wegen des ihnen selbst anhaftenden Fehlers des § 935 BGB. mit Ausnahme von Geld, Inhaberpapieren und im Wege einer öffentlichen Versteigerung veräußerten Sachen nach dem Gesetze ein sofortiger Eigentumserwerb eines gutgläubigen Erwerbers ausgeschlossen ist. Die Ausnahmestellung der Furtivität ist in der Präsumtion der mala fides erklärlich zu finden. Doch würde die Ausdehnung dieser Konsequenz auf die Ersitzung, wie dies von einigen Schriftstellern in Anlehnung an das gemeine Recht und einige Partikularrechte gefordert wurde, eine Unbilligkeit darstellen; man muß vielmehr die Präsumtion der mala fides durch den fortgesetzten zehnjährigen gutgläubigen Eigenbesitz als entkräftet ansehen. Der Ausschluß der verlorenen Sachen von dem sofortigen Eigentumserwerb im Sinne der §§ 932 ff. ist darin begründet, daß wegen des ihnen anhaftenden Fehlers des Besitzverlustes das Eigentum an ihnen nur unter besonderen Voraussetzungen erworben wird (§§ 965—984 BGB.).

Die dritte Zone beherrscht alle diejenigen Fälle, in denen zwar der Erwerber den guten Glauben hat, daß die von ihm erworbene Sache dem Veräußerer gehörte, aber deshalb nicht sofort Eigentümer werden kann, weil das Veräußerungsgeschäft als

solches ungültig ist, sei es, weil der Veräußerer geschäftsunfähig ist oder ein sonstiges der Gültigkeit des Erwerbsaktes entgegenstehendes Hindernis vorliegt. Hierher gehören ferner auch die Fälle, in denen der Besitz in anderer Weise als durch Rechtsgeschäft, aber gutgläubig erworben wurde; z. B die vermeintliche Okkupation einer Sache, deren sich der Eigentümer in Wirklichkeit nicht begeben hatte. Die Basis für die Ersitzung ist demnach auf der einen Seite strenger — Forderung zehnjährigen Eigenbesitzes — auf der anderen Seite milder — Verzicht auf das Vorhandensein eines gültigen Rechtsgeschäfts. Sie begnügt sich mit dem Glauben an das Eigentum.[1]) Selbstverständlich muß damit die Ersitzung wirksam werden, kann hinsichtlich dieser den sofortigen Eigentumserwerb ausschließenden Tatsachen auf Seite des nun durch Ersitzung Eigentumerwerbenden guter Glaube vorhanden sein.

Die vierte Zone des Wirkungs- und Anwendungsgebiets der Ersitzung enthält die Fälle, in denen der wirkliche Eigentümer, der sich bereits zehn Jahre lang im ununterbrochenen Eigenbesitz befand, im Falle eines Rechtsstreits zum Nachweis seines Eigentums gezwungen ist und die Erwerbstatsache als die sein Eigentum rechtfertigende Grundlage nicht mehr zu beweisen imstande ist. Die Ersitzung verlangt eben nicht Tradition, sondern nur gutgläubigen Eigenbesitz. Doch wird die Anwendung der Ersitzung in diesen Fällen wenig praktisch werden; denn „zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer der Sache sei" (§ 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Ersitzung greift vielmehr erst dann ein, wenn Tatsachen vorliegen, die der in § 1006 aufgestellten Vermutung zu widersprechen scheinen.

Eine besondere Art von Ersitzung wurde in Anlehnung an einige Quellenstellen des römischen Rechts durch das gemeine Recht hauptsächlich durch den Einfluß des kanonischen Rechts zur Entwicklung gebracht, nachdem die Anfänge dazu schon im älteren deutschen Rechte gemacht worden waren, — die unvordenkliche Verjährung oder Immemorialpräskription.

Hinsichtlich ihrer Wirkung nähert sie sich der Ersitzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie schafft nicht wie die Verjährung nur eine Einrede gegen einen Anspruch, sondern hat eine selbständige erwerbende Kraft. Die für ihre Wirksamkeit notwendige Zeit wird allgemein auf zwei Generationen zu je 40 Jahren festgesetzt, in denen in den zunächst liegenden 40 Jahren das Bestehen des fraglichen Zustandes positiv zu beweisen ist und in der zweiten um weitere 40 Jahre zurückliegenden Etappe von einem entgegengesetzten Zustand nichts bekannt sein darf. Nach

[1]) Hachenburg, BGB. S. 191.

Ablauf der Gesamtzeit bewirkt die unvordenkliche Verjährung die Vermutung, daß der Zustand rechtmäßig entstanden und während dieses Zeitraumes mit Recht fortgesetzt worden sei. Gegen diese Vermutung ist jedoch jederzeit der Gegenbeweis zulässig, daß der Zustand vor diesen zwei Generationen tatsächlich unrechtmäßig begonnen habe.

Wie die Ersitzung, so ist auch die unvordenkliche Verjährung von dem Gedanken der rechtserwerbenden Kraft der Zeit getragen und besteht in der Sanktion eines seit Menschengedenken bestehenden Zustandes zu Recht.

Nach der allgemeinen Ansicht kann sie in den vom Bürgerlichen Gesetzbuch beherrschten Gebieten überhaupt keine Anwendung mehr finden und selbst eine vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezw. vor Anlegung des Grundbuchs begonnene unvordenkliche Verjährung nicht mehr zum Abschluß kommen. Nur die vor Geltung der Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereits erworbenen Rechte bleiben bestehen. Die Motive begründen ihre Ablehnung damit, daß der Schwerpunkt des Instituts hauptsächlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes liege. Ihrer weiteren Ausführung, daß die unvordenkliche Verjährung infolge der Unbestimmtheit ihres Wesens überhaupt gesetzlich nicht zu formulieren sei, kann man sich jedoch nicht anschließen. Sie ist vielmehr durch Gewohnheitsrecht anerkannt, und man kann daher seine Bedeutung nicht ganz leugnen, um so mehr, als sie auch in einigen nicht den Landesgesetzen überlassenen Rechtsgebieten, z. B. den Forstrechten, wirksam werden kann.

In den der Landesgesetzgebung überlassenen Gebieten dagegen behält die unvordenkliche Verjährung ihre volle Geltung. Sie kann neu begonnen, fortgesetzt und beendet werden. Ebenso verhält es sich bezüglich des eventuellen privatrechtlichen Charakters innerhalb dieser Rechtsgebiete: Das Wasser- und Mühlenrecht (EG. z. BGB. Art. 65), das Deich- und Sielrecht (EG. Art. 66), das Fischereirecht (EG. Art. 69), das Regalienrecht (EG. Art. 79), die Zwangs- und Bannrechte und Realberechtigungen (EG. Art. 74), das Recht der Kirchen- und Schulbaulast (EG. Art. 132), das Recht auf Kirchenstühle und Begräbnisstellen (EG. Art. 133) und die auf einer Zugehörigkeit zu einer Realgemeinde oder einem ähnlichen Verbande beruhenden Forstrechte (EG. Art. 164).[1])

Leonhard möchte mit Rücksicht auf die freie Beweistheorie ein Zurückgreifen auf das Herkommen und somit auch auf die unvordenkliche Verjährung rechtfertigen. Es ergibt sich jedoch die

[1]) AG. von Mecklenburg-Schwerin § 33; AG. von Mecklenburg-Strelitz § 32; AG. von Preußen Art. 89; AG. von Hessen Art. 268.

Frage, ob eine solche Vermengung der von Haus aus materiellrechtlichen Fragen mit der Beweistheorie nicht bedenklich sein könnte.[1])

Eine weitere Art von Ersitzung ist im § 1033 BGB. gegeben. „Der Nießbrauch an einer beweglichen Sache kann durch Ersitzung erworben werden. Die für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung." Der erste Entwurf hat eine derartige Bestimmung nicht enthalten. Die zweite Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches sah sich veranlaßt, einem dahinzielenden Antrag stattzugeben mit Rücksicht darauf, daß an einer gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sache ein Nießbrauch nach § 1032 Satz 2 BGB. nie erworben werden könnte und die Kommission der Ansicht war, daß auch in diesem Falle der gute Glaube zu schützen sei.

Die nach § 1033 BGB. zur Anwendung kommenden Vorschriften der Eigentumsersitzung an beweglichen Sachen müssen für ihre Verwendbarkeit für den Nießbrauch in einigen Punkten modifiziert werden.[2])

Gemeinsam ist den beiden Arten von Ersitzung das Erfordernis des guten Glaubens. Der Erwerber des Nießbrauchs muß bei dem Erwerbe in dem guten Glauben sein, daß er den Nießbrauch erwerbe. Die Unkenntnis von einer dem Erwerbe entgegenstehenden Tatsache darf nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Ebenso darf der Erwerber des Nießbrauchs nicht später sichere Kenntnis davon erlangen, daß er den Nießbrauch in Wirklichkeit nicht erworben hat. Die Kenntnis von dem einen Dritten bereits zustehenden Nießbrauch an der Sache schließt den Erwerb eines weiteren Nießbrauchs durch Ersitzung nicht aus, sondern hat nur die Wirkung, daß der bereits bestehende dem durch Ersitzung erworbenen vorgeht.[3])

Der zehnjährige Eigenbesitz ist für die Ersitzung in einen zehnjährigen Nießbrauchsbesitz umzuwandeln, nach dessen ungestörten Ablauf der Ersitzende wirklicher Nießbraucher wird. Auch hier steht dem Ersitzenden die seinen Besitzbeweis erleichternde Vermutung des § 938 BGB. zur Verfügung.

Die für die Hemmung der Ersitzung an beweglichen Sachen maßgebenden Vorschriften der §§ 202—205 BGB. sowie die der Vollendung entgegenstehenden Hindernisse der §§ 206 u. 207 BGB. wirken in gleicher Weise auf die Nießbrauchsersitzung.

---

[1]) Hartmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 73 S. 326; Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 313 ff.

[2]) Planck, Erl. zu § 1033.

[3]) Planck, Erl. 4 zu § 1032.

Ebenso kommen die Normen für die Unterbrechung der §§ 940, 941, 209—212, 216, 220, 942 in analoger Weise zur Anwendung.

Die Vorschriften der §§ 943 und 944 über die Anrechnung der Besitzzeit eines Rechtsvorgängers oder Erbschaftsbesitzers können deshalb nicht in Betracht kommen, weil der Nießbrauch weder übertragbar noch vererblich ist.

Auch der § 945 BGB. übt auf die Nießbrauchsersitzung seine Wirkung aus. Die zehnjährige Besitzzeit muß jedoch auch in Ansehung dieser Rechte verflossen sowie auch ihnen gegenüber guter Glaube bei dem Erwerbe des Besitzes vorhanden und eine sichere Kenntnis von ihrem Bestehen vor Ablauf der Ersitzungszeit nicht erlangt sein.

Mit dem Erwerbe des Nießbrauchs durch Ersitzung treten alle anderen Rechte an der Sache hinter dem so erworbenen Rechte zurück.[1])

Der für die Mobiliarersitzung eine Übergangsbestimmung statuierende Art. 185 EG. z. BGB. hat auch für die Nießbrauchsersitzung Geltung.

Wenn auch nach dem Dargelegten ersichtlich ist, daß in dem großen Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Ersitzung wenig Raum geblieben ist, so darf man doch andererseits ihre Bedeutung als ein, wenn auch langsam wirkendes Mittel, der Tatsache des Besitzes die rechtliche Grundlage des Eigentums zu verschaffen, nicht ganz in Abrede stellen.

Klöppel[2]) hält den im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Besitzschutz und das Institut der Ersitzung für entbehrlich. Diese sehr radikale Ansicht begründet er mit einem Hinweis auf das angenommene Grundbuchsystem und auf die Konstruktion, wie sie nach englischem und französischem Vorbild in der ganzen zivilisierten Welt zum größten Teil gelte; ferner führt er gegen die Ersitzung an die polizeiliche Verhütung von Eigentumsverletzung und die einstweiligen Verfügungen des mit dem Eigentumsstreit befaßten Richters.

Einer solchen Ansicht wird die Zustimmung zu versagen sein. Die von Klöppel angeführten, zur Sicherheit des Eigentums bestehenden Institute werden trotz sorgfältigster Handhabung immer viele Lücken lassen, und diese zu einem großen Teil auszufüllen, ist und bleibt die Aufgabe der Ersitzung.

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 353.

[2]) In Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 655.

Zweiter Abschnitt.

Die Erfordernisse der Ersitzung.

§ 2.

1. Besitz.

Das erste und hauptsächlichste Erfordernis für die Ersitzung ist der Besitz. Er ist die Grundlage, auf der die Ersitzung das Eigentum unter gewissen Voraussetzungen aufbaut. „Der Besitz einer Sache wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben" (§ 854 BGB.). Er stellt sich demnach als ein zwischen Person und Sache bestehendes Machtverhältnis dar, vermöge dessen die physische Einwirkung der Person auf die Sache möglich ist. In der 2. Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde die Ansicht[1]) vertreten, der Charakter des Besitzes liege in der Möglichkeit des Besitzers, jeden Dritten von seinem Machtbereich auszuschließen. Die Motive sprechen von einer räumlichen Herrschaft der Person über die Sache. Planck bestimmt den Begriff der tatsächlichen Gewalt als im Gegensatz zur rechtlichen Gewalt stehend, als die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache in Anlehnung an die Forschungen Goldschmidts, der aus römischen Quellen den Nachweis geliefert hat, „daß für den Besitzbegriff die durch wirtschaftliche, ethische, ja sogar rechtliche Momente bestimmte gesellschaftliche Anschauung maßgebend ist, daß für seine Ausgestaltung das moralische Band der Sitte und das zwingende Band des Rechtes wichtige Faktoren bilden, die manches ergänzen, was an der sinnlichen Herrschaft fehlt, und daß der Besitz in der Hauptsache ein Machtverhältnis ist, welches dem Gemeinbewußtsein als tatsächliche Herrschaft erscheint". Dieser Definition wird man sich wohl anschließen müssen. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt wird demnach stets in einer Änderung begriffen sein. Unsere

[1]) Prot. Bd. 3 S. 29.

Zeit bietet dafür das beste Beispiel; denn die Möglichkeit einer unmittelbaren Gewaltausübung ist jetzt eine weit größere und manigfaltigere als vor wenigen Dezennien.

Neben diesem reinen Gewaltverhältnis ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch ein weiterer Besitz an ein und derselben Sache möglich. Im Anschluß an den juristischen Besitz des römischen Rechtes nennt das Bürgerliche Gesetzbuch auch denjenigen Besitzer, der sich auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses zugunsten eines unmittelbar besitzenden Dritten auf eine gewisse Zeit seines Besitzes begeben hat. „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz, § 868 BGB.).

Über das Wesen des unmittelbaren Besitzes herrschte bereits in der zweiten Kommission eine große Meinungsverschiedenheit.[1]) M. A. ist es vollkommen unberechtigt, den mittelbaren Besitz lediglich als eine Fiktion zu betrachten. Der mittelbare Besitzer hat seine Herrschaft über die Sache nicht absolut und vollkommen aufgegeben, sondern er übt gerade durch das Besitzvermittlungsverhältnis eine, wenn auch abgeschwächte Herrschaft über die Sache aus, deren volle Unbeschränktheit allerdings erst wieder mit Beendigung des Besitzes des Mittlers an ihn zurückfällt.[2]) Es ist aber ebenso unrichtig, den mittelbaren Besitz als ein für sich allein bestehendes von dem unmittelbaren Besitz vollkommen unabhängiges Verhältnis zu betrachten. Die Grundlage des mittelbaren Besitzes bleibt stets das direkte tatsächliche Herrschaftsverhältnis zwischen Person und Sache. Doch muß dieses Verhältnis stets dasselbe bleiben, d. h. es darf in den Personen, die es begründeten, keine Änderung eintreten, die dem ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art widerspricht. So bedeutet es z. B. einen Besitzverlust, wenn der Entleiher die dem Verleiher gehörige Sache veräußert, denn die Basis des mittelbaren Besitzes des Verleihers wird durch die Handlung des Entleihers zerstört. Dagegen wird der Besitz nicht verloren, wenn z. B. der im unmittelbaren Besitze der Sache befindliche Nießbraucher mit einem Dritten ein Pachtverhältnis eingeht und seinen Besitz diesem Dritten überläßt; denn in dieser Besitzveränderung kann kein Widerspruch mit dem dem mittelbaren Besitz zugrunde liegenden Rechtsverhältnis gefunden werden. Der mittelbare Besitz des Nieß-

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 219 ff. und Prot. Bd. 4 S. 584 f.
[2]) Staudinger Bd. 3 S. 36; Leonhard S. 70.

brauchbestellers bleibt somit bei Vorliegen uud Bestehen der übrigen Erfordernisse für die Ersitzung auch nach dieser Besitzveränderung Ersitzungsbesitz.

Bei Bestellung eines Nießbrauchs von seiten eines Nichteigentümers kann hinsichtlich des Besitzverhältnisses zwischen dem Nießbraucher und dem wirklichen Eigentümer und somit für den Fall einer Ersitzung Zweifel entstehen. Nimmt man an, daß nur der Eigentümer zu dem Nießbraucher in dem vom Recht geschützten Verhältnis des mittelbaren Besitzes steht, so könnte eine Ersitzung nie stattfinden, wenn der in der Ersitzungslage befindliche Nichteigentümer einem Dritten an der Sache einen Nießbrauch einräumt; denn damit würde er sich seines Besitzes vollkommen begeben und der Nießbraucher wenngleich unbewußt nicht für den Nießbrauchbesteller, sondern für den ihm unbekannten Eigentümer besitzen. Doch könnte diese Auffassung für die Ersitzung nur dann praktisch werden, wenn sie dem Eigentumserwerb, der durch die zehnjährige ununterbrochene Ersitzungslage erfolgt, entgegenstehen würde. In allen anderen Fällen wäre sie deshalb ohne Bedeutung, weil eine derartige unbewußte Besitzunterbrechung doch wohl meistens nur durch den sein Recht geltend machenden wirklichen Eigentümer bewiesen werden kann, durch dessen Klage jedoch schon eine Unterbrechung der Ersitzung herbeigeführt wird. Die zweite Beratungskommission hat jedoch diese Ansicht als nicht dem Sinne des § 868 entsprechend zurückgewiesen, indem sie davon ausging, daß nur derjenige mittelbarer Besitzer sei, der von dem unmittelbaren Besitzer als Eigentümer anerkannt werde; denn es sei nach § 868 nicht ein „objektives" obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erforderlich.[1]) Dieser Ansicht wird man beipflichten müssen. Dem Sinne des § 868 entspricht es, das dort vom Recht geschützte Verhältnis des mittelbaren Besitzes nur als ein zwischen den Beteiligten bewußtes anzusehen. Es wäre zwecklos, dem Eigentümer, dem die Sache vielleicht abhanden gekommen ist und der von deren Verbleib nichts weiß, durch den sein Recht zum Besitze von einem Nichteigentümer ableitenden, gutgläubigen Nießbraucher den Schutz des mittelbaren Besitzes zu gewähren und der zwischen dem wirklichen Eigentümer und dem Nießbraucher durch den Ersitzenden bewirkten unbewußten Besitzvermittlung eine stärkere und die Ersitzung hindernde Wirkung beizulegen als die durch den guten Glauben des Ersitzenden in entgegengesetzter Richtung erfolgende. Der in der Ersitzungslage befindliche Putativeigentümer kann also ohne Besitzverlust zu-

[1]) Prot. Bd. 3 S. 594, 596 u. 608.

gunsten eines Dritten einen Nießbrauch an der Ersitzungssache bestellen, ausgenommen den seltenen Fall, daß der Nießbraucher weiß, daß die Sache einem anderen gehört als dem ersitzenden Besteller.

Dieses bewußte Verhältnis zwischen den Beteiligten braucht jedoch nicht absolut ein direktes zu sein. Wenn der einem mittelbaren Besitzer den Besitz Vermittelnde diesen wieder einem Dritten überläßt (§ 871 BGB.) und jener wieder einem andern usw., so wird möglicherweise der unmittelbare Besitzer keine Kenntnis davon haben, wem das Eigentum zusteht, und daher natürlich einen Eigentümer nicht anerkennen können. Es wäre absurd, wollte man deshalb eine Besitzvermittlung durch ihn in Frage stellen. Es ist vielmehr der in der zweiten Beratungskommission ausgesprochene Gedanke dahin zu ergänzen, daß zur Begründung eines mittelbaren Besitzverhältnisses genügt, wenn der unmittelbare Besitzer das Recht seines „Vorbesitzers" zum Besitze anerkennt und auf Grund dieses Rechtes und des zwischen ihm und seinem Vorbesitzer zum Besitze sich seinerseits für berechtigt hält. Durch einen seiner Vorbesitzer muß jedoch dann das Eigentum des entferntest mittelbaren Besitzers, des Eigentümers, anerkannt und damit die Eigentumsanerkennung des unmittelbaren Besitzers vermittelt werden.

Der dem mittelbaren Besitzverhältnis innewohnende subjektive Charakter läßt ohne weiteres den Schluß zu, daß ein Irrtum in der Eigentumsanerkennung des unmittelbaren Besitzers, ja selbst eine Ungültigkeit des dem mittelbaren Besitz zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses der Rechtsgültigkeit der Besitzvermittlung nicht entgegensteht. Somit ist es für den Fortgang der Ersitzung ohne Belang, wenn der Ersitzende sich der Sache zugunsten eines Dritten auf Grund eines ungiltigen Rechtsgeschäfts der in § 868 bezeichneten Art auf einige Zeit begeben hat, wenn nur der Besitzvermittler in Anerkennung des vermeintlichen Eigentums des Ersitzenden besitzt.[1])

Jedoch nicht jeder unmittelbare Besitz kann einen mittelbaren begründen. Nur die im Bürgerlichen Gesetzbuch angeführten und diesen ähnliche Verhältnisse bewirken ein rechtlich geschützten mittelbares Besitzverhältnis.

Die letzteren sind für die Ersitzung von untergeordneter Bedeutung. Es ist selbstverständlich, daß der Besitz des Entleihers,

---

[1]) Der Fall der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher bedarf keiner abweichenden Behandlung; s. Kniep S. 143 ff.; Rechtspr. Bd. 2 S. 267; Struckmann-Koch, ZPO. Erl. 1, 4 zu § 808. — A. A. Kober Erl. 3 zu § 868; Biedinger, Der Besitz an gepfändeten Sachen 1903 S. 55 ff.

des Kommissionärs (HGB. § 397), des Lagerhalters (HGB. § 421), des Frachtführers (HGB. § 440) usw. die Ersitzungslage des Ersitzenden nicht beeinträchtigt. Ebensowenig ist für eine von einer Ehefrau vor ihrer Verheiratung begonnene aber noch nicht vollendete Ersitzung beweglicher Sachen von Belang, wenn diese als eingebrachtes oder Vorbehaltsgut in den unmittelbaren Besitz des Ehemannes gelangen. Auch der Inhaber der elterlichen Gewalt vermittelt an den Sachen des Kindes, die seiner Verwaltung oder Nutznießung unterliegen, diesem den Besitz, wobei jedoch das Alter des Kindes in Betracht gezogen werden muß.

Die Besitzvermittlung des Nachlaßpflegers, des Nachlaßverwalters und des Testamentsvollstreckers ist durch eine noch in unsere Betrachtung zu ziehende Spezialvorschrift für die Ersitzung gegenstandslos.

Der durch den Konkursverwalter hergestellte mittelbare Besitz hat ebenfalls für die Ersitzung keine große Wirkung. Wenn während des Verfahrens die Ersitzung sich vollendet, ist die Frage von einiger Bedeutung, für wen der Konkursverwalter den Besitz der Ersitzungssache vermittelt. Meiner Ansicht kann das nur der Gemeinschuldner sein. Der § 6 der KO. statuiert: „Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten". Das Eigentum behält er also und damit den obligatorischen Anspruch auf Zurückgabe der Sache für den Fall, daß sie nach Beendigung des Verfahrens übrigbleibt. Daraus folgt, daß eine Ersitzung die während des Konkurses noch nicht abgeschlossen ist, an einer im Verfahren übriggebliebenen Sache nach ihrer Rückgabe an den Gemeinschuldner von diesem fortgesetzt bezw. neu begonnen werden kann.

Hinsichtlich des durch einen Sequester hergestellten mittelbaren Besitzes muß ein Unterschied gemacht werden. Wenn auf die Ersitzungssache von zwei Parteien Ansprüche gemacht werden und ein Dritter, der sich in Ersitzungslage befindet und sequestriert, begibt sich der umstrittenen Ersitzungssache, damit diese je nach dem Entscheid des Streites der einen oder anderen Partei zugesprochen werde, so kann natürlich von einem mittelbaren Besitz und somit von einer Ersitzung nicht mehr die Rede sein. Ist jedoch der Ersitzende selbst Partei und besteht die Möglichkeit, daß ihm die Sache zugesprochen wird, so wird durch Hingabe der Sache an den Sequester ein Verlust des Besitzes und damit eine Unterbrechung der Ersitzung nicht herbeigeführt, der Ersitzende bleibt vielmehr mittelbarer Besitzer.

Einen mittelbaren Besitz im Verhältnis des Auftraggebers zum Beauftragten anzunehmen, hat die Kommission folgerichtig

abgelehnt; denn der Beauftragte ist zwar zu der Herausgabe der durch seine Tätigkeit erlangten Sache dem Auftraggeber gegenüber verpflichtet, er leitet aber sein Recht zum Besitze nicht von diesem ab. Demnach kann in diesem Falle eine Ersitzung erst beginnen, wenn der Auftraggeber in den Besitz der Sache gelangt ist.

Selbstverständlich wird durch eine bloße tatsächliche Gewaltausübung eines Dritten auf die Ersitzungssache für den Ersitzenden in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen der Dritte den auf die Sache sich beziehenden Weisungen des Ersitzenden Folge zu leisten hat, die Ersitzung in ihrem Fortgange nicht beeinträchtigt, denn in einem solchen Falle bleibt der Ersitzende ohne Änderung in seiner Besitzqualifikation Besitzer (BGB. § 855).

Das Wesen des mittelbaren Besitzes kennzeichnen nach den vorhergehenden Erörterungen zwei Erfordernisse: Der Besitzmittler darf nur auf Grund eines im Gesetz bezeichneten oder diesem ähnlichen Verhältnis zum Besitze auf eine bestimmte Zeit berechtigt sein, und er muß sein Recht zum Besitz direkt oder indirekt von dem mittelbaren Besitzer ableiten können.

Die Ersitzung verlangt jedoch nicht bloß das nackte rohe Gewaltverhältnis und nicht nur den reinen auf rechtlicher Grundlage bestehenden mittelbaren Besitz, sondern es ist noch eine gewisse Tätigkeit notwendig. Der Ersitzende muß die Sache als ihm gehörend besitzen (BGB. § 872). Ein dem Eigentumsbewußtsein verwandter Wille ist erforderlich, und nur der so qualifizierte Besitz, mag er mittelbar oder unmittelbar sein, ist Ersitzungsbesitz. Doch wäre es falsch, wollte man den Eigenbesitz vollkommen mit dem Eigentum identifizieren. Auch der Dieb hat den Eigenbesitz an der gestohlenen Sache; denn er hat den Willen, sie als ihm gehörend zu besitzen. Für den Begriff des Eigenbesitzes „genügt also der Wille, die dem Eigentum entsprechende Stellung zu der Sache zu haben, nicht erforderlich ist der Wille, Eigentum zu haben, doch schließt der letztere Wille den ersteren in sich".[1])

Der Erwerb des Eigenbesitzes geht vor sich, indem entweder das reine Gewaltverhältnis der Person zur Sache hergestellt wird und zu diesem rein natürlichen Zustand der Wille tritt, die Sache mit Eigentumsqualifikation, d. h. als ihm gehörig zu besitzen, oder bei der abgeschwächten Herrschaft des mittelbaren Besitzes, indem der mittelbare Besitzer trotz der Übertragung der unmittelbaren Gewalt an einen Dritten während des Bestehens dieses Macht-

---

[1]) s. Planck Erl. zu § 872. A. A. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte 1901 S. 128 ff.

verhältnisses stets den Willen hat, die Sache als ihm gehörend, wenn auch nur mittelbar zu besitzen. Es liegt in der Natur der Sache, daß beim mittelbaren Besitze sich nur der mittelbare Besitzer in der Ersitzungslage befinden kann. Einem Eigenbesitz des unmittelbaren Besitzers stünde ja die das Wesen des mittelbaren Besitzes bildende Anerkennung des mittelbaren Besitzers entgegen.

Aus dem den Begriff des Eigenbesitzes innewohnenden Moment der Willensbetätigung des Ersitzenden ist zu folgern, daß für die Wirksamkeit dieser Willenserklärung die rechtliche Anerkennung verlangt werden muß. Diese hat aber nur der Verkehrsfähige. Ein Kind unter sieben Jahren oder ein wegen Geisteskrankheit Entmündigter kann niemals selbständig den Eigenbesitz in seiner Person herstellen und daher niemals durch sich selbst, sondern nur durch seinen gesetzlichen Vertreter ersitzen.[1])

Als wesentlich erscheint noch die Kundgebung des auf den Eigenbesitz gerichteten Willens. Doch wird es sich schwer bestimmen lassen, in welcher Weise eine solche Kundgebung zu erfolgen hat. In vielen Fällen wird diese in der Art und Weise liegen, wie der Eigenbesitz erworben wurde, insbesondere, ob der Besitz mit einem auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Rechtsgeschäft erlangt wurde. Das Zweckmäßigste wird es sein, die in diesem Falle herrschende Anschauung im Verkehr entscheiden zu lassen. Diese wird in dem sich bemerkbar machenden Eigenbesitz, mag sich die Kundbarmachung nun als eine wirkliche aber kaum denkbare Bekanntgebung darstellen oder aus konkludenten Handlungen zu schließen sein, stets das Eigentum erblicken. Es dürfte daher im allgemeinen entsprechend sein, die Kundgebung des Eigenbesitzes in Eigentümerhandlungen zu erblicken, um so mehr als ja für bewegliche Sachen die Eigentumsvermutung des § 1006 Platz greift, die dieser Verkehrsanschauung Rechnung trägt.[2])

Haben mehrere gemeinschaftlich den Eigenbesitz an einer beweglichen Sache, so ersitzen sie die Sache zusammen und werden Miteigentümer, vorausgesetzt natürlich, daß sie alle die übrigen Ersitzungserfordernisse erfüllen. Trifft dies bei einem nicht zu, so werden wohl die andern durch Vollendung der Ersitzung Eigentümer, doch teilen sie ihr Eigentum in diesem Falle nicht mit allen Eigenbesitzern, sondern der durch den Mangel einer Er-

---

[1]) Ebenso Endemann Bd. 2 S. 154 8. u. 9. Aufl.; Planck u. Biermann Erl. zu § 872; Turnau-Förster Bd. 1 S. 55; Manigk, Anwendungsgebiet d. Vorschr. über d. Rechtsgesch. S. 213; Drittenberger, Schutz des Kindes S. 103; a. A. Dernburg § 17; Kniep, Besitz S. 104.

[2]) Ebenso Fischer-Henle Erl. 1 zu § 872.

sitzungsvoraussetzung von der Ersitzung ausgeschlossene Teil verbleibt dem Eigentümer.[1])

Der zehn Jahre hindurch fortgesetzte mittelbare oder unmittelbare Eigenbesitz ist die einzige Tatsache, die der Ersitzende im Falle eines die Wirksamkeit der Ersitzung bestreitenden Prozesses zu beweisen hat. Dernburg[2]) vertritt die Ansicht, daß der Ersitzende diesen Beweis nicht zu erbringen habe und bis zum Nachweis des Gegenteils als Eigenbesitzer gelte. Er begründet dies damit, indem er gegen die auf die Fassung des § 937 gestützte allgemeine gegenteilige Ansicht anführt: „Es wäre nicht leicht gewesen, das Erfordernis der Ersitzung negativ zu fassen. Dies erklärt genugsam die vorliegende Formulierung". Auch Lessing[3]) will dem Ersitzenden im Prozeß über die Ersitzung keinen Beweis hinsichtlich des Eigenbesitzes aufgebürdet wissen, sondern es dem Gegner überlassen, Tatsachen anzuführen, die den Erfordernissen der Ersitzung widersprechen. Demgegenüber ist zu bemerken, daß die 2. Kommission es ausdrücklich abgelehnt hat, die Beweislast in der von Dernburg und Lessing gewollten Weise zu regeln. Maßgebend für die Fassung des § 937 war aber nicht der von Dernburg angegebene Grund, sondern die Erwägung, daß die Ersitzung bezweckt, demjenigen, der eine bewegliche Sache zehn Jahre hindurch als eigene besessen hat, ein unanfechtbares Eigentum zu verschaffen. Vorausgesetzt ist hierbei jedoch, daß der in der Ersitzungslage Befindliche die Sache in der Tat als eigene besessen hat, weil, wenn dies nicht der Fall ist, überhaupt kein Raum für die Ersitzung ist. Das Erfordernis des Eigenbesitzes bildet mithin die erste und wichtigste Voraussetzung für die Ersitzung und kann deswegen nicht wie der gute Glaube des Ersitzenden zur Exzeption gestellt werden.[4]) Man hat ferner den schon im Entw. I angewendeten, jedoch nicht gleichmäßig zur Durchführung gebrachten Grundsatz, daß in der Fassung der Rechtsnormen auch die Verteilung der Beweislast anzudeuten sei, auf die Fälle ausgedehnt, in denen eine Rechtswirkung von einer negativen Voraussetzung abhängt. Durch die Stellung des Wortes „nicht" durch die Einschränkung „es sei denn" oder durch einen mit den Worten „dies gilt nicht" eingeleiteten besonderen Satz hat man klarzustellen gesucht, daß die Beweislast in jenen Fällen denjenigen trifft, der sich einen Anspruch oder eine Rechtsposition daraus herleitet, daß etwas nicht geschehen ist. In einigen

---

[1]) s. Strohal, Sachbesitz im BGB. S. 31 ff. und S. 134 Note 124.
[2]) Bd. 3 S. 316.
[3]) Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Prozeß Bd. 6 S. 607 ff.
[4]) Prot. Bd. 3 S. 229.

besonderen Fällen hat man direkt ausgesprochen, wen die Beweislast trifft, weil die Fassung der einzelnen Bestimmungen sonst zu schwerfällig geworden wäre.[1]) Es geht aus diesen Ausführungen klar und deutlich hervor, daß die 2. Kommission sehr wohl Mittel und Wege gefunden hätte, die Schwierigkeit der Formulierung zu beseitigen, wenn sie die von Dernburg behauptete Regelung der Beweislast gewollt hätte. Der von Lessing geäußerten Ansicht steht entgegen, daß die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 bei gestohlenen, verlorenen und sonst abhanden gekommenen Sachen nicht Platz greift. Bei einer mit einem solchen Fehler behafteten Ersitzungssache müßte sich nach Lessing die Beweislast in der von der 2. Kommission festgesetzten Weise verschieben. Aus der Fassung des § 937 ist aber eine derartige zweifache Behandlung der Beweislast nicht herauszulesen.

Der hinsichtlich der Regelung der Beweislast gewollte Zweck des § 937 kann mithin nicht bestritten werden. Man wird aber nicht behaupten können, daß diese Bestimmung eine praktische ist. Es wird, wie von einem Teil der 2. Kommission mit Recht geltend gemacht wurde, durch das vom Ersitzenden zu beweisende Erfordernis des Eigenbesitzes die durch Abschaffung des Titelnachweises erreichte Vereinfachung wesentlich illusorisch gemacht; denn der in der Ersitzungslage Befindliche wird sich regelmäßig genötigt sehen, seinen Titel nachzuweisen.

Vielleicht kann man vom Standpunkte der Billigkeit der Fassung des § 937 und dem Beschluß der 2. Kommission zustimmen. Der Ersitzende hat bezüglich der Beweislast viele Vorteile. Insbesondere bietet der § 938 eine große Erleichterung des Eigenbesitznachweises. „Hat jemand eine Sache am Anfange und am Ende eines Zeitraumes im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, daß sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe.“ Diese Bestimmung ist nichts weiter als die Reproduktion des Satzes „olim et hodie possessor, semper possessor“, der vor der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Praxis allmählich zur Geltung gekommen war.[2]) Diese Präsumtion entsprang der Erwägung, daß man dem Ersitzenden nicht zumuten könne, im Falle eines Prozesses den Beweis zu führen, er wäre in jedem Moment während der Ersitzungszeit im Eigenbesitze gewesen. Selbstverständlich steht dem Ersitzungsgegner der Gegenbeweis offen, wenn er eine Tatsache vorzuführen imstande ist, wonach die Vermutung des § 938 nicht Platz greifen kann. Diesen

---

[1]) Prot. Bd. 6 S. 384.

[2]) Endemann Bd. 1 S. 324; Dernburg Bd. 3 S. 316; Cosack Bd. 2 S. 145; Biermann S. 81; Staudinger Bd. 3 S. 93; Buhl S. 68.

Beweis kann er auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 445 ff. ZPO. führen (ZPO. § 292).

„Wenn auch die freie richterliche Beweiswürdigung zu dem Resultate, daß der Besitz, wenn er für den Anfang und das Ende eines Zeitraumes bewiesen ist, für die Zwischenzeit anzunehmen sei, wird gelangen können, so liegt doch in praktischer Wichtigkeit dieses Satzes ein Grund, im Anschlusse an andere modernen Gesetzgebungen diese gesetzliche Vermutung aufzustellen."[1] So bestimmt der Art. 2234 des code civil: „Le possesseur qui prouve avoir possédé anciennement est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire sauf la preuve contraire". Eine gleiche Bestimmung befindet sich im preuß. ALR. I, 9 § 509, im sächs. BGB. § 288, im bayer. Entw. III Art. 139 und im hess. Entw. II Art. 49.

§ 3.

2. Zeit.

Von dem Wesen der Ersitzung untrennbar ist der Besitz, mag er nun der titulierte juristische Besitz des römischen Rechtes oder der Eigenbesitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein. Doch genügt der Tatbestand des Besitzes an sich nicht, um eine Ersitzung zu begründen. Der Besitzzustand muß ein während eines bestimmten Zeitraums fortdauernder sein.

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt die Zeit, innerhalb deren der Besitz des Ersitzenden bestanden haben muß, auf 10 Jahre fest. In der Kommission für die 2. Lesung wurde angeregt, die Ersitzungsfrist auf fünf Jahre herabzusetzen, mit der Begründung, daß die zehnjährige Frist für den volltitulierten Besitzer zu lang sei, der sich wegen der Unmöglichkeit, seinen Erwerbstitel nachzuweisen, auf die Ersitzung berufen müsse. Dieser Antrag wurde zurückgewiesen auf Grund folgender Erwägungen: „Der Ersitzung liege der Gedanke zugrunde, daß der redliche Eigenbesitz eine gewisse Präsumtion für das Eigentum bilde; wer eine bewegliche Sache während eines bestimmten Zeitraumes als Eigenbenutzer besessen habe, solle deswegen mit dem Ablauf eines gewissen Zeitablaufs das volle Eigentum erwerben. Das mit der Vollendung der Ersitzung eintretende Ergebnis stehe häufig mit der materiellen Rechtslage im Einklang, es sei jedoch nicht ausgeschlossen, daß infolge der Anerkennung des Instituts der Ersitzung der materiellberechtigte Eigentümer sein Eigentum verliere. Die Dauer der

[1] Mot. Bd. 3 S. 353.

Ersitzungsfrist müsse deswegen so hoch bemessen werden, daß eine solche Verletzung materieller Rechte tunlichst vermieden werde".[1]) Es ist nun zweifellos richtig, daß eine zehnjährige Ersitzungsfrist für den Besitzer, der seinen Eigentumserwerb nicht mehr nachzuweisen vermag, eine gewisse Unbilligkeit ist, andererseits soll auch nicht bestritten werden, daß die Garantie für Vermeidung von Konflikten, wie sie von der 2. Kommission befürchtet wurden, bei einer zehnjährigen Frist eine größere als bei einer fünfjährigen ist; allein entscheidend in dieser Frage kann nur sein, ob die Ersitzung häufiger als Unterstützung des zum Eigentumsnachweis gezwungenen Eigentümers oder als selbständiger Eigentumserwerb dient. Im Gegensatz zu der in der 2. Kommission vertretenen Ansicht dürfte wohl bei unserem modernen Verkehrsleben der Fall des selbständigen Eigentumserwerbs der häufigere sein.

Der Beginn des zehnjährigen Zeitraums ist der dem Besitzerwerb folgende Tag; das Ende fällt mit dem Ablauf des letzten Tages zusammen, in dem sich die zehnjährige Frist, von dem Tag des Besitzerwerbs an gerechnet, vollendet (BGB. § 187 Abs. 1 u. § 188 Abs. 2).

Für eine vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs begonnene aber noch nicht vollendete Ersitzung bestimmt Art. 185 i. V. m. Art. 169 EG. z. BGB.: „Die Vorschriften über die Ersitzung des Eigentums oder Nießbrauchs an einer beweglichen Sache finden auf eine vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begonnene, noch nicht vollendete Ersitzung Anwendung. Der Beginn sowie die Hemmung und Unterbrechung der Ersitzung bestimmen sich jedoch für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den bisherigen Gesetzen". Durch die letztere Bestimmung wird es notwendig, auch den Charakter der Ersitzung im früheren Rechte zu berücksichtigen. Sind demnach die drei Jahre, die die ordentliche Ersitzung des gemeinen Rechts erfordert, noch nicht vollendet gewesen, so müssen zur Beendigung der Ersitzung zehn Jahre verflossen sein. Liegt eine außerordentliche Ersitzung vor, die eine Frist von 30 Jahren bedingt, so erreicht sie zehn Jahre nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihren Abschluß. Sind jedoch seit dem Beginne der Ersitzung bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs mehr als 20 Jahre bereits verflossen, so wird sie schon in der Zeit beendet, die zur Vollendung des seit Beginn der Ersitzung verflossenen Zeitraums von 30 Jahren notwendig ist.

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 230.

a) Anrechnung.

Es entspricht dem Billigkeitsgefühl und der Zweckmäßigkeit, demjenigen, der durch Rechtsfolge in den Besitz einer Ersitzungssache gelangt, nicht bloß dieselben Rechtsqualifikationen einzuräumen wie sie sein Vorgänger hatte, sondern ihm auch die Ersitzungszeit, die zugunsten seines Rechtsvorgängers verflossen ist, sich anrechnen zu lassen.

Der Gedanke der Anrechnung bei der Ersitzung ist vom römischen Recht übernommen worden, von dem es in das gemeine Recht überging. Doch unterschied man hier zwei Arten von Anrechnung, die successio in usucapionem des Erben oder Erbschaftsbesitzers, die sich als ein Eintritt in das Ersitzungsverhältnis des Rechtsvorgängers darstellt, oder, wie Dernburg lehrte, als die successio in die Ersitzungslage des Erblassers. In dem Begriff des Eintritts liegt, daß der successor nicht notwendigerweise die Voraussetzungen für die Ersitzung zu erfüllen brauchte, um in seiner Person durch Vollendung der Ersitzungszeit Eigentum zu erwerben. Die zweite Art von Anrechnung war die accessio des Singularsukzessors. Sie bestand in einem Neubeginn der Ersitzung und somit in einer Neuerfüllung aller Ersitzungsbedingungen mit der Rechtswohltat, unter gewissen Voraussetzungen die Ersitzungszeit des Rechtsvorgängers zu seinen Gunsten anzurechnen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat auch hier vereinfacht und keinen Unterschied mehr gemacht. Die Anrechnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist die accessio possessionis des gemeinen Rechts. Der § 943 bestimmt: „Gelangt eine Sache durch Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Ersitzungszeit dem Dritten zustatten".

Für die Einheitlichkeit der Behandlung der Anrechnung war maßgebend, daß man im Einklang mit einigen Partikular- und anderen modernen Rechten[1]) die Ersitzungslage „wenn auch nicht als ein Recht, so doch als eine Rechtsposition betrachtete, welche ebenso wie das Eigentum im Wege der Singular- und Universalsukzession übertragen wird".[2]) Diese Ausdrucksweise ist etwas unklar. Besonders kann der Vergleich mit der absolut freien Eigentumsübertragung nicht aufrechterhalten, sondern muß wohl dahin modifiziert werden, daß eine Übertragung der Ersitzungs-

[1]) Preuß. ALR. I, 9 § 613; bayer. Landrecht II, 5 § 10; sächs. GB. § 263; code civil art. 2235; österr. GB. § 1493; bayer. Entw. III Art. 140; hess. Entw. II, 5 Art. 49.

[2]) Mot. Bd. 3 S. 353.

lage wie eine Eigentumsübertragung wirkt, wenn in der Person des Erwerbers und in der Tatsache des Erwerbes die für die Ersitzung notwendigen Erfordernisse vorliegen. Nach dem Wortlaut der Motive muß man an die successio in usucapionem denken, die gerade ausgeschlossen sein soll.[1])

Die frühere Streitfrage, wann der Besitz als durch Rechtsnachfolge erlangt anzusehen sei, dürfte jetzt wohl gelöst sein. Der mit seiner Meinung über diesen Punkt alleinstehende Planck ist in der neuesten Auflage seines Kommentars der allgemein geltenden Ansicht beigetreten. Darnach genügt es, wenn der Dritte den Besitz lediglich mit dem Willen des früheren Besitzers erlangt hat, um einen durch Rechtsnachfolge erlangten Besitz zu begründen. Seine frühere Ansicht, wonach der Besitz nur dann als durch Rechtsnachfolge übergegangen zu betrachten sei, wenn der bisherige Besitzer dem neuen Besitzer sein Recht zum Besitze der Sache oder, falls er ein solches nicht hat, doch die Rechtsposition, die er in Ansehung der Sache hat, überträgt, ist von Planck aufgegeben worden.[2])

Die Verschiedenheit dieser Ansichten wird praktisch wichtig, wenn auf Grund eines nichtigen Veräußerungsgeschäfts der Besitz durch gültige Einigung zwischen den Parteien übergegangen ist. Nach der allgemein geltenden und nunmehr auch von Planck vertretenen Ansicht ist in diesem Falle die Voraussetzung des § 943 gegeben; ebenso wenn der Dritte den Besitz in einem solchen Falle wieder an den ersten Besitzer zurückübertragt. Nach der von Planck früher geäußerten Ansicht würde in diesem Falle eine Anrechnung nicht erfolgen können. Der Fall des anfechtbaren und angefochtenen Rechtsgeschäfts ist in dieser Frage deshalb von wenig praktischer Bedeutung, weil doch der Rechtsnachfolger, wie bereits betont, alle für die Ersitzung notwendigen Erfordernisse wie sein Vorgänger in seiner Person vereinigen muß; wenn aber das zugrunde liegende Rechtsgeschäft dem anrechnenden Dritten gegenüber von seinem Rechtsvorgänger angefochten wird, so kann ersterer wohl kaum mehr von dem für die Ersitzung zu fordernden guten Glauben reden und dürfte wohl deshalb in diesem Falle die Ersitzung meistens auszuschließen sein.

Selbstverständlich ist eine Anrechnung unmöglich, wenn die dem Besitzübergang zugrunde liegende Einigung nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. „Die Einigung ist allerdings kein Rechtsgeschäft, aber doch eine Rechtshandlung, auf welche die Vor-

---

[1]) Ebenso Planck und Biermann Erl. zu § 943.
[2]) Planck Erl. zu § 221 3. Aufl. und 1. u. 2. Aufl.

schriften über Rechtsgeschäfte, wenigstens in betreff der Willensmängel, entsprechende Anwendung finden müssen."[1])

Eine Anrechnung findet auch statt, wenn die Ersitzungssache durch ein auflösend bedingtes Veräußerungsgeschäft einem Dritten überlassen wird. Der Dritte kann sich als Rechtsnachfolger des bisherigen Besitzers die zu dessen Gunsten verstrichene Ersitzungszeit anrechnen und erwirbt, im Falle die Bedingung nicht eintritt, nach Ablauf der noch restierenden Zeit durch Ersitzung Eigentum an der Sache. Tritt dagegen die Bedingung ein, so kann sich der bisherige Besitzer die zur Zeit seines früheren Besitzes und die zugunsten des Zwischenbesitzers verflossene Frist anrechnen und braucht nur die bis zur Vollendung des zehnjährigen Zeitraums seit seinem Besitzerwerb noch übrige Frist zu ersitzen, um Eigentum zu erwerben. Die Motive[2]) sagen, daß in diesen Fällen zwar keine Rechtsfolge vorliege, daß aber die mit einer solchen Resolution verbundene Wiederherstellung des früheren Zustands die richtige Entscheidung von selbst an die Hand gebe.

Im Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war dem die Anrechnung regelnden § 882 1. Les., dem jetzigen § 943, ein zweiter Absatz angegliedert, der bestimmte, daß „bei einer in der Person des Erblassers begonnenen Ersitzung in die Ersitzungsfrist auch die Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Ergreifung des Besitzes durch den Erben einzurechnen ist". Diese Bestimmung war die notwendige Konsequenz des § 2052 1. Les., wonach „der Besitz und die Innehabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen nicht kraft Gesetzes auf den Erben übergehen, sondern erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben werden", denn eine Anrechnung der Zeit der ruhenden Erbschaft wollte und konnte man nicht ausschließen, da man sich darüber einig war, daß der Besitz, soweit er als „Voraussetzung" von Eigentumsnormen zugunsten des Besitzers dient, der Dazwischentritt des Todes und die Zeit der Besitzlosigkeit überhaupt zu ignorieren und das Besitzverhältnis so zu beurteilen sein wird, wie wenn der Erbe mit dem Eintritt des Erbfalls Besitzer geworden wäre, wenn nur der Besitz, ohne daß ein anderer ihn in der Zwischenzeit ergriffen hat, schließlich an den Erben gelangt".[3]) Im Falle unbefugter Eingriffe Dritter auf die Sache sollte der Erbe, der noch gar nicht Besitzer ist, die Besitzklagen (§ 2054 1. Les.) haben, eine Bestimmung, die sich aber nicht mit § 2052 1. Les. hätte vereinbaren lassen.[4])

---

[1]) Planck Erl. zu § 221.
[2]) Mot. Bd. 3 S. 353.
[3]) Mot. Bd. 3 S. 101.
[4]) Bähr, Zur Beurteilung.

Die meisten Schriftsteller sprachen sich gegen die von der 1. Kommission statuierte Nichtvererblichkeit des Besitzes aus, und in der 2. Kommission wurde nach langer Debatte die Vererblichkeit des Besitzes einstimmig anerkannt. Dadurch wurden die zum Schutze des Erben getroffenen komplizierten Bestimmungen und auch der Abs. 2 des § 882 1. Les. illusorisch. „In der Hauptsache war die Rücksicht auf das geltende Recht maßgebend, in dem die Unvererblichkeit des Besitzes nirgends strenge durchgeführt sei; insbesondere habe das römische Recht die usucapio als vererblich bezeichnet."[1] Auch reine gesetzestechnische Gesichtspunkte spielten mit herein. Die Ausnahmen von dem Grundsatze der Vererblichkeit ließen sich leichter feststellen als die Ausnahmen von der entgegengesetzten Regel des Entw. I.

„Der Besitz geht auf den Erben über" (§ 857). Dieser Paragraph ist vermöge seiner lapidaren Kürze das Objekt weiterer Meinungsverschiedenheiten.

Es handelt sich zunächst um den Begriff des Besitzes, der vom Erblasser auf den Erben kraft Gesetzes übergeht. Vollkommen unmöglich ist es, die Definition des § 854 zugrunde zu legen. Die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist ein an die Person des Gewaltinhabers gefesseltes Verhältnis. Existiert kein Gewaltinhaber, so kann auch ein tatsächliches Gewaltverhältnis nicht mehr vorliegen. Innerhalb der 2. Kommission wollte man daher diese Vorschrift dahin gehend verstanden wissen, daß „unter Besitz die Rechtsposition zu verstehen sei, welche der Besitzer bei seinem Tode gehabt habe. Diese gehe auf den Erben über, sofern nicht ein anderer den Besitz erworben habe".[2] Jedoch ganz abgesehen von der Unbestimmtheit des Ausdrucks „Rechtsposition" und der Unverträglichkeit dieser Ansicht mit den hauptsächlichsten Rechtsfolgen des Besitzes, gibt diese Deduktion gerade in ihrer Anwendung auf die Ersitzung Anlaß zu Bedenken. Der die Ersitzung fortsetzende Erbe brauchte nach dieser Theorie selbst keine Tätigkeit zu entfalten, nicht einmal das Gewaltverhältnis, geschweige denn den Eigenbesitz notwendigerweise herstellen; auch könnte eine mala fides superveniens einer Fortsetzung der vom Erblasser gutgläubig begonnenen Ersitzung durch ihn nicht entgegenstehen.

Das Richtige ist vielmehr, wie Planck die Vererblichkeit des Besitzes so aufzufassen, „daß für und gegen den Erben des Besitzers an den tatsächlichen Zustand, in dem sich die von dem Erlasser besessenen Sachen bei seinem Tode befinden, dieselben Rechts-

[1] Prot. Bd. 5 S. 631.
[2] Ebenso Staudinger Erl. zu § 857.

folgen geknüpft sind, wie für und gegen den Erblasser an den Besitz, oder genauer, daß die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf den mit dem Tode des Besitzers eintretenden tatsächlichen Zustand entsprechende Anwendung finden".[1])

Dernburg folgert aus der Vererblichkeit des Besitzes, „daß dann, wenn der Erblasser die Sache als fremde besaß, wenn sie ihm z. B. geliehen, bei ihm verwahrt war, der Erbe nicht ersitzt, auch wenn er die Sache als eigene des Erblassers ansah. Dies entspricht dem römischen Recht und beseitigt Härten, die sonst eintreten würden".[2]) Diese Auffassung erscheint im ersten Augenblick nach beiden Theorien der Besitzvererbung annehmbar. Der Erbe sukzediert in die Rechtsposition des Erblassers, der die Sache als fremde besaß; er besitzt sie also auch als fremde. Oder der tatsächliche Zustand des Besitzes des Erblassers besteht mit denselben Rechtsfolgen zugunsten des Erben weiter. Die Rechtsfolge des von Dernburg angeführten Besitzes ist für den Erblasser die Anerkennung eines anderen als Eigentümer gewesen, und infolge dessen muß auch der Erbe in der gleichen durch die Rechtsfolgen bedingten Besitzlage sein.

Eine derartige Folgerung kann aber nicht befriedigen. Sie steht im direkten Widerspruch mit dem Wesen der Ersitzung. Die Ersitzung verlangt, wie bereits betont, eine Betätigung der Person. Diese Betätigung besteht in dem Eigenbesitz, in dem Willen, die Sache als ihr gehörend zu besitzen. Es steht der Annahme nichts entgegen, daß der Fremdbesitz zunächst als solcher auf den Erben übergeht;[3]) aber in dem Moment, in dem der Erbe die Willensrichtung des Eigenbesitzes zu verfolgen anfängt, liegt — selbstverständlich bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — notwendigerweise der Beginn der Ersitzung. In diesem Stadium beginnt der Eigenbesitzwille des Erben seine Gegenwirkung gegen die Rechtsposition oder Rechtsfolge des sich nach § 857 vererbenden Besitzes. Der zehn Jahre später entstehende Konflikt zwischen der so lange fortgesetzten gutgläubigen Willensrichtung des Erben und dem auf ihn nach § 857 übergegangenen Fremdbesitz löst sich aber dadurch, daß das so lange fortgesetzte Eigentumsbewußtsein durch Erstarkung zum wirklichen Eigentum die dem Erben unbewußte Rechtsposition oder Rechtsfolge seines Besitzes vernichtet, m. a. W. dadurch, daß der Erbe durch Ersitzung Eigentum an der fremden Sache gewinnt. Es ist ja die Aufgabe der Er-

---

[1]) Ebenso Strohal, Deutsches Erbrecht Bd. 2 S. 67.
[2]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 3 § 106 S. 316.
[3]) Buhl, Das Recht an beweglichen Sachen S. 68.

sitzung, dem Eigenbesitzer, der die Sache zehn Jahre lang gutgläubig besessen hat, gerade auf Grund dieses Eigenbesitzes Eigentum zu verleihen.

In dem weiteren Verlauf der Beratung der 2. Kommission wurde ein Antrag gestellt, der gerade den Fall treffen sollte, wenn der wirkliche Erbe eine fremde bewegliche Sache in dem Glauben, daß sie dem Erblasser gehört habe, als zur Erbschaft gehörig zehn Jahre besessen habe und nun nach Ablauf dieser Frist von einem Dritten auf Grund eines mit dem Erblasser geschlossenen Miet- oder Leihvertrags auf Herausgabe der Sache belangt werde. Dieser Antrag wurde von der Allgemeinheit der 2. Kommission ausdrücklich mit der Begründung abgelehnt, daß kein Grund bestehe, dem Beklagten in diesem Falle den Einwand der Ersitzung zu entziehen. Es dürfte daraus zum mindesten geschlossen werden, daß die Auffassung Dernburgs mit der der 2. Kommission, die sich für die Statuierung der Besitzvererblichkeit entschloß, in keiner Weise übereinstimmt.

Auch wäre m. A. nach die Ungerechtigkeit noch größer, wenn man der Ansicht Dernburgs folgen und dem Erben die Ersitzungsfähigkeit in einem solchen Falle vollkommen absprechen wollte. Niemals aber kann die Analogie mit dem römischen Rechte für die Begründung dieser Ansicht maßgebend sein.

In weiterer strenger Verfolgung des Erfordernisses der bei Ersitzung notwendigen Willensbetätigung des Ersitzungssubjektes ergibt sich eine weitere Schwierigkeit, die sich ebenfalls bei der Besitzvererbung einhängt. Nach § 856 wird der Besitz dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert. Der durch den Tod des Besitzers herbeigeführte Verlust der tatsächlichen Gewalt über die Sache wird durch die Bestimmung des § 857 nicht wirksam. Nach dem dort ausgesprochenen Grundsatz kann aber nicht angenommen werden, daß der Wille des Verstorbenen, der sich in der Ersitzungslage befand, die Sache als ihm gehörend zu besitzen, mit dem nach § 857 übergegangenen Besitz als auf den Erben übertragen anzusehen sei. Planck benutzt zur Behebung dieser Schwierigkeit einen Regulator: „Die Vorschriften über Ersitzung können auf die von dem Erben fortgesetzte Ersitzung nur entsprechende Anwendung finden“ . . . „Der § 857 hat für die vom Erblasser begonnene Ersitzung die besondere Bedeutung, daß die Sache mit dem Tode des Besitzers in den Eigenbesitz des Erben gelangt gilt, so daß die während des Besitzes des Erblassers verstrichene Ersitzungszeit nach § 943 dem Erben zustatten kommt“.[1])

[1]) Planck Erl. zu § 943.

Diese Ansicht führt in ihrer Konsequenz zu nicht annehmbaren Resultaten. Gesetzt den Fall, der Erblasser befand sich in Ansehung einer Sache seit acht Jahren in der Ersitzungslage. Durch seinen Tod ging der Besitz an der Sache nach § 857 auf den Erben über; d. h. nach der Planckschen, von uns angenommenen Besitzvererbungstheorie vollzieht sich der Übergang der an den tatsächlichen Zustand geknüpften Rechtsfolgen des Erblassers auf den Erben. Dieser hat jedoch keine Kenntnis von dem früheren Besitze des Erblassers und ist sich infolgedessen auch seines Besitzes nicht bewußt, da der Erblasser die Ersitzungssache, z. B. ein Jagdgewehr, in einer sehr entlegenen Jagdhütte aufbewahrt hatte, wohin weder der Erbe noch ein Dritter, der event. den Besitz als Besitzdiener für ihn ausüben könnte, jemals hinkommt, die zur Vollendung der Ersitzungszeit noch notwendigen zwei Jahre verfließen, ohne daß der Erbe oder ein anderer für ihn von der Existenz der Ersitzungssache Kenntnis hatte. Nach Planck müßte trotzdem in einem solchen Fall der Erbe durch Ersitzung Eigentümer werden. Man kann aber nicht von dem Eigenbesitzwillen des Ersitzenden abstrahieren. Andererseits ist es nach der Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Anomalie, eine Vererblichkeit des Eigenbesitzwillens anzunehmen. Ein Drittes gibt es nicht, um die Anrechnung der Ersitzungszeit des Erblassers zugunsten des Erben in diesem Falle zu rechtfertigen.

Das Richtige wäre gewesen, die Bestimmung des § 882 Abs. 2 des Entw. vielleicht mit einer auf die Fiktion des Eigenbesitzes hinzielenden Änderung bestehen zu lassen. Im Hinblick darauf, daß diese Vorschrift durch den § 857 ja lediglich als überflüssig erachtet wurde, wird man ein Bestehen des Eigenbesitzes des Erben in der Zeit zwischen dem Erbfall und der Besitzergreifung des Erben in diesem Falle annehmen müssen. Wenn daher in obigem Beispiel der Erblasser erst sieben Jahre den Ersitzungsbesitz gehabt und der Erbe nach zweijähriger Unkenntnis diesen an der Sache erlangt hat, so ist diese Zeit des mangelnden Eigenbesitzes in die Ersitzungszeit einzurechnen, so daß sich also die Ersitzung nach Ablauf von zehn Jahren seit Erlangung des Ersitzungsbesitzes durch den Erben beendet.

Ausdrücklich abzulehnen aber ist es, in dem oben angeführten Fall der Vollendung der Ersitzungsfrist während einer Zeit, in der der Erbe sich seines Besitzes überhaupt nicht bewußt ist, einen Eigentumserwerb durch Ersitzung in diesem Zeitpunkt eintreten zu lassen. Eine Ausdehnung der Bestimmung im § 882 Abs. 2 des Entw. auf diesen Fall war sicherlich nicht beabsichtigt und würde auch im direkten Widerspruch mit dem Wesen der Ersitzung gestanden haben. Man kann daher in dem oben angeführten Beispiel

erst dann einen Eigentumserwerb durch Ersitzung annehmen, wenn der Erbe oder sein Besitzdiener zum mindesten von dem Besitz Kenntnis hat. Bis zu diesem Zeitpunkt ist ein durch diese Kenntnis aufschiebend bedingter Eigentumserwerb durch Ersitzung anzunehmen.

Ebenso ist der Fall zu behandeln, wenn der Erbe von dem Erbfall und daher von dem auf ihn erfolgten Besitzübergang der Ersitzungssache keine Kenntnis hat. Auch hier kann eine Vollendung der Ersitzung während der Zeit der Unkenntnis von dem Erbfalle nicht stattfinden, sondern erst wie in dem oben angeführten Beispiel mit Besitzergreifung der Sache und Betätigung des Eigenbesitzwillens, vorausgesetzt, daß die übrigen Ersitzungserfordernisse vorliegen.

Selbstverständlich ist, daß der Tod eines Besitzdieners niemals einen Besitzübergang auf seine Erben herbeiführen kann; denn das Verhältnis des Besitzdieners zur Sache ist kein Besitz (§ 855 BGB.).

Ob eine Besitzvererbung und damit eine Ersitzung dann stattfinden kann, wenn der besitzende und ersitzende Erblasser die Ersitzungssache mit seinem Tode auf einige Zeit dem menschlichen Machtbereich entzieht, z. B. mit ihr im Meere untergeht, wird nach den einzelnen Umständen zu beurteilen sein. Jedenfalls aber wird man an einer mit dem Tode des Erblassers verschwundenen und nur durch einen Zufall wieder zum Vorschein gekommenen Ersitzungssache eine Besitzvererbung und damit eine Ersitzungsfortsetzung kaum annehmen können.[1])

Die Voraussetzung für die Anrechnung im römischen und gemeinen Recht war das Vorhandensein eines Rechtsvorgängers. Von diesem Grundsatze ist das Bürgerliche Gesetzbuch insofern abgewichen, als es in einem Falle die Anrechnung zugelassen hat, in dem Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger fehlen. Der § 944 bestimmt: „Die Ersitzungszeit, die zugunsten eines Erbschaftsbesitzers verstrichen ist, kommt dem Erben zustatten".[2]) Der Erbschaftsbesitzer muß in der Ersitzungslage sein, d. h. er muß sämtliche für die Ersitzung notwendigen Voraussetzungen erfüllen. Fehlt eine von ihnen, so findet eine Unterbrechung der Ersitzung statt, die nur event. nach Maßgabe des § 940 Abs. 2 ohne Wirkung wäre.

Die für den Erben bestimmte Begünstigung des § 944 könnte sich aber sehr leicht in das Gegenteil wandeln und seine Ersitzung

---

[1]) s. Strohal, Das deutsche Erbrecht Bd. 2 S. 69; a. A. Planck Erl. 3 zu § 857.

[2]) Dem Entwurfe war diese Bestimmung unbekannt; s. Vangerow, Pand. § 320 Anm. 1 u. 2; sächs. GB. § 644; bayer. Entw. Art. 644.

vollkommen ausschließen, wenn sich diese in der zur Vollendung der Ersitzungsfrist noch erforderlichen Zeit in der Person des Erbschaftsbesitzers vollenden könnte. Außerdem stände eine derartige Ersitzung im Widerspruch mit dem erst in 30 Jahren verjährenden Erbschaftsanspruch. Daher bestimmt § 2026: „Der Erbschaftsbesitzer kann sich dem Erben gegenüber, solange nicht der Erbschaftsanspruch verjährt ist, nicht auf die Ersitzung einer Sache berufen, die er als zur Erbschaft gehörig im Besitze hat". Diese Bestimmung enthielt schon der Entwurf im Anschluß an das frühere Recht.[1] „Die Ersitzung des Putativerben als solchen kann die Ersitzung wohl mehren, aber nicht mindern; denn es würde zu einer Inkonsequenz führen, wenn der Putativerbe, welcher nicht durch Ersitzung an die Stelle des wahren Erben in Ansehung der Erbschaft als ein Ganzes treten kann, die Rechte als Erbe an einzelnen Sachen durch Ersitzung gewinnen könnte."[2]

Es kann, wie Planck[3] meint, nicht zweifelhaft sein, ob auch die event. Ersitzungszeit des Erblassers zugunsten des Erben anzurechnen, mithin eine Zusammenrechnung der Ersitzungszeit des Erblassers mit der des Erbschaftsbesitzers statthaft ist. Der den § 944 enthaltende Antrag wurde mit Rücksicht auf die durch § 885 des Entw. in diesem Falle statuierte Unterbrechung gestellt. Der Besitz des Erbschaftsbesitzers wurde von dem Antragsteller als Zwischenbesitz angesehen. Ein Widerspruch gegen diese Auffassung wurde von keiner Seite erhoben und nur die Analogie mit der Anrechnung eines kurzen Zwischenbesitzes wegen seiner kurzen Dauer von einer Seite abgelehnt.[4] Die Kommission billigte vielmehr den diesem und einem ähnlichen Antrag zugrunde liegenden Gedanken und nahm ihn im Sinne des Antragstellers an. Damit wurde der Besitz des Erbschaftsbesitzers als anrechnungsfähiger Zwischenbesitz anerkannt. Man kann aber einen Zwischenbesitz nicht annehmen, wenn man nicht den Besitz eines Vorbesitzers, in diesem Falle also den des Erblassers anerkennt.

Die von der 2. Kommission beschlossene Einschränkung; „solange der Erbschaftsanspruch nicht verjährt ist", war im § 888 des Entw. nicht aufgenommen und damit eine Ersitzung des Erbschaftsbesitzers mit Wirkung gegen den Erben überhaupt vollkommen ausgeschlossen. Durch diese Einschränkung wird eine Ersitzung durch den Erbschaftsbesitzer erst möglich gemacht.

Der Erbschaftsbesitzer wird nach Ablauf der Ersitzungsfrist

---

[1] Windscheid Bd. 1 § 179 Anm. 3; Eccius Bd. 3 S. 177 Anm. 43a; Rehbein, OTr.-Entsch. Bd. 1 S. 1056, 1057, Bd. 2 S. 822; sächs. GB. § 271.

[2] Mot. Bd. 3 S. 256

[3] Planck Erl. zu § 2026.

[4] Prot. Bd. 3 S. 237.

Eigentümer der Ersitzungssache.[1]) Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 2026, der lediglich von einem Unvermögen der Geltendmachung der Ersitzung gegen den Erben, nicht aber von einer Unmöglichkeit der Ersitzung des Erbschaftsbesitzers überhaupt spricht. Als Eigentümer hat der Erbschaftsbesitzer selbstverständlich die Eigentumsklage des § 985, wenn ihm die Sache von einem Dritten, der nicht Erbe ist, unberechtigt entzogen wird. Macht jedoch der Erbe rechtzeitig seinen Erbschaftsanspruch und damit sein Recht auf die Ersitzungssache geltend, so gilt das Eigentum daran als durch die Ersitzung, die sich in der Person des Erbschaftsbesitzers vollendete, ihm zugefallen. „Indem die Vorschrift des Entwurfes diese aus allgemein erbrechtlichen Grundsätzen sich ergebende Konsequenz ausspricht, für den Fall der Usukapionsbesitz zugleich Erbschaftsbesitz ist, führt er nicht zu einem doppelten relativen Eigentume des wahren Erben gegenüber dem Putativerben und des letzteren gegenüber allen übrigen Personen, sondern nur zu einem im Wege der Ersitzung entstehenden, aber mit der Erbenposition des Ersitzenden verbundenen Eigentume."[2])

Sachen, die der Erbschaftsbesitzer als zur Erbschaft gehörig im Besitze hat, sind aber nicht nur solche, die sich bereits im Besitze des Erblassers befanden, sondern nach § 2019 alles, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Hat dieser Erwerb keine Rechtsmängel, so erwirbt der Erbschaftsbesitzer für den Erben, und die Ersitzung kommt dabei nicht weiter in Betracht. Hängt einem solchen Rechtsgeschäft jedoch einer der Rechtsmängel, z. B. Fehlen der Vertretungsmacht an und beginnt der Erbschaftsbesitzer in seiner Person die Ersitzung an der Sache, die nach § 2019 bei gültigem Rechtgeschäft zur Erbschaft gehören würde, so wird er Eigentümer nach Ablauf der Ersitzungsfrist. Doch auch hier kann er sein Eigentum dem wirklichen Erben gegenüber nicht geltend machen, vielmehr wird dieser wie im vorhergehenden Fall Eigentümer mit Erhebung des Erbschaftsanspruchs.

Wenn aber 30 Jahre seit dem Zeitpunkt verflossen sind, in welchem dem Erben ein anderer als Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2013 gegenübersteht, so ist der Erbschaftsanspruch verjährt, und nunmehr kann der Erbschaftsbesitzer sein Eigentum auch dem wahren Erben gegenüber geltend machen.

Da nach § 2018 nur der Erbschaftsbesitzer ist, „der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat", so ist damit von der Bestimmung des

---

[1]) A. A. Buhl S. 71.
[2]) Mot. Bd. 3.

§ 944 und § 2026 der Fall natürlich ausgeschlossen, daß jemand eine Sache in Unkenntnis ihrer Eigenschaft als Erbschaftssache in Eigenbesitz genommen und sich 10 Jahre lang in der Ersitzungslage befunden hat. Es liegt hier ein einfacher durch Ersitzung erfolgter Eigentumserwerb vor und eine Anrechnung kann infolgedessen zugunsten des Erben selbstverständlich nicht stattfinden.

Nach § 2030 steht derjenige, der die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, im Verhältnis zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleich. Damit ist für die Anrechnung des Erben eine weitere Ausdehnung gegeben. Hat der Erbschaftsbesitzer die Ersitzung noch nicht vollendet und geht die Sache durch Erbschaftskauf auf einen Dritten über, so kann der Erbe die Besitzzeit des Erbschaftsbesitzers und die des Erbschaftskäufers zu seinen Gunsten anrechnen. Es findet demnach gegebenenfalls eine Zusammenrechnung der Besitzzeiten von vier Ersitzungssubjekten statt. Hatte sich die Ersitzung bereits in der Person des Erbschaftskäufers vollendet, so gilt mit der Erhebung des Erbschaftsanspruchs gegen den Erbschaftskäufer wie im vorhergehenden Fall gegen den Erbschaftsbesitzer das Eigentum als durch Ersitzung auf den Erben übergegangen.

Wenn jedoch die Ersitzungssache vom Erbschaftskäufer einem weiteren Dritten veräußert wurde, so ist die Ersitzung des Erben ausgeschlossen, ob nun diese sich in der Person des Erbschaftskäufers bereits vollendet hat oder nicht.

Im Falle der Erbschaftsbesitzer aber auch die Ersitzung bereits vollendet hat, mithin der Erbschaftskäufer von einem Eigentümer erwirbt, kann doch von diesem das Eigentum dem wahren Erben gegenüber nicht geltend gemacht werden, solange der Erbschaftsanspruch nicht verjährt ist; denn der Erbschaftskäufer ist ja in seinem Verhältnis zum Erben dem Erbschaftsbesitzer vollkommen gleichgestellt.

b) Hemmung.

Derselbe der Anrechnung zugrunde liegende Gedanke war auch für die Entwicklung des Instituts der Hemmung in der Ersitzung maßgebend. Es ist eine Forderung der Billigkeit, den Lauf der Eigentum erwerbenden Ersitzungsfrist gehemmt sein zu lassen, wenn der durch die Ersitzung in seinem Eigentumsrechte Betroffene aus objektiven oder subjektiven Gründen verhindert ist, dieses geltend zu machen. In der Interessenkollision zwischen dem verlierenden Eigentümer und dem auf seinen zehnjährigen gutgläubigen Besitz vertrauenden Eigenbesitzer muß naturgemäß das Recht des ersteren als das stärkere in diesem Falle den Vorzug

haben,[1]) und es erscheint merkwürdig, daß ein wenn auch in der der Minderheit befindlicher Teil der 2. Kommission die gegenteilige Auffassung vertreten hat.[2])

Aus diesen Gründen besteht die in § 939 normierte Vorschrift: „Die Ersitzung kann nicht beginnen und, falls sie begonnen hat, nicht fortgesetzt werden, solange die Verjährung des Eigentumsanspruchs gehemmt ist oder ihrer Vollendung die Vorschriften der §§ 206, 207 entgegenstehen".

Doch können wohl nicht alle für die Verjährung geltenden Hemmungsgründe für oder vielmehr gegen die Ersitzung in Betracht kommen. Auszunehmen wird wohl in den meisten Fällen der § 202 sein, der von einer Hemmung der Verjährung bei Stundung oder einer aus einem anderen Grunde berechtigten vorübergehenden Verweigerung der Leistung spricht; denn ein nur vorübergehend zur Verweigerung der Leistung Berechtigter dürfte wohl selten in dem für die Ersitzung erforderlichen guten Glauben sein. Allerdings ist ja der Fall denkbar, daß sich der Besitzer einer Sache für den Eigentümer hält und sich in der Ersitzungslage befindet, während ihm in Wirklichkeit nur ein vorübergehendes Weigerungsrecht der Leistung zusteht.

„Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist. Das gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird." Da nach § 35 ZPO. der Kläger die Wahl zwischen mehreren Gerichten hat, so dürfte er wohl durch Stillstand der Rechtspflege bei einem nicht in der Verfolgung seiner Ansprüche verhindert sein, da ihm ja noch andere Gerichte zur Verfügung stehen.[3]) Der Begriff der höheren Gewalt, wovon der Stillstand der Rechtspflege eine ohne Grund besonders hervorgehobene Art ist, hat im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Definition gefunden. Die Motive[4]) meinen, der Ausdruck „höhere Gewalt" werde, obwohl er in sich ein verschiedenes Verhältnis gestatte, nicht zu beanstanden sein, da Wissenschaft und Praxis mit dem Ausdruck einen bestimmten, der Verdeutlichung durch das Gesetz sich entziehenden Sinn verbinden. Anläßlich eines auf die Aufnahme einer Definition von „höherer Gewalt" hinzielenden Antrags wurde von der Mehrzahl der 2. Kommission geltend gemacht, daß „höhere Gewalt" ein dem Ent-

[1]) Mot. Bd. 3 S. 353, 354.
[2]) Prot. Bd. 3 S. 231.
[3]) Planck Erl. zu § 203; a. A. Dernburg Bd. 1 § 179 Anm. 9; Staudinger Erl. zu § 203.
[4]) Mot. Bd. 1 S. 317.

wurf und verschiedenen neueren Reichsgesetzen bekannter Begriff sei. Daß dies nun nicht der Fall ist, beweisen die zahlreichen verschiedenen Auffassungen dieses Begriffs und die sehr umfangreiche Literatur darüber. Es sei hier nur kurz darauf hingewiesen, daß sich eine subjektive und eine objektive Theorie gegenüberstehen. Erstere begreift unter „höhere Gewalt" alle Ereignisse, welche von demjenigen, der die entscheidende, rechtlich bedeutsame Handlung vornehmen soll, auch mit der äußersten peinlichen Sorgfalt nicht hatten abgewendet werden können; die sogen. objektive Theorie dagegen, als deren Hauptvertreter Exner anzusehen ist, verlangt, daß das unvermeidliche Ereignis ein von außen kommendes, nicht innerhalb des Betriebskreises der betreffenden Person entstandenes sei.[1]) Da eine große Bedeutung für die Ersitzung dieser Unterscheidung nicht zukommt und eine weitere Ausführung dieses Punktes über den Rahmen dieser Abhandlung hinausführen würde, mögen diese Hinweise genügen.

„Die Rücksicht auf das der Schonung dringend bedürftige Pietätsverhältnis, welches zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern und Vormund und Mündel besteht, gebietet, jede Störung fernzuhalten und zu einer solchen auch dadurch keinen Anlaß zu geben, daß bei zweifelhaften Ansprüchen der eine oder andere Teil genötigt wird, zur Verhinderung des Ablaufs der Verjährung den Klageweg zu betreten. Außerdem sind die betreffenden Ansprüche vielfach derart, daß eine Auseinandersetzung hinsichtlich ihrer überhaupt erst nach Beendigung des betreffenden Verhältnisses am Platze ist.[2]) Aus diesen Erwägungen heraus entstand der § 204: „Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das gleiche gilt von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder und von den Ansprüchen zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses".

Bezüglich der Hemmung der Verjährung zwischen Ehegatten ergibt sich eine Schwierigkeit, wenn die Ehe nichtig oder anfechtbar und angefochten ist. Planck[3]) will in diesem Falle eine Hemmung nicht eintreten und damit die Ersitzung des einen gegen den anderen Ehegatten möglich sein lassen, da rechtlich keine Ehegatten existierten. M. A. widerspricht diese Auffassung dem Sinne des § 204 und dem Grunde seiner Entstehung. Die a. a. O. aufgezählten Pietätsverhältnisse können hinsichtlich ihrer Bedeutung für

---

[1]) Staudinger Bd. 1 S. 553.
[2]) Mot. Bd. 1 S. 320.
[3]) Planck Erl. zu § 204.

die Verjährung bezw. Ersitzung nicht von der rechtlichen Gültigkeit ihres Bestandes abhängig gemacht werden. Maßgebend allein ist die Tatsache eines derartigen Verhältnisses und die demselben zugrunde liegende und vom Gesetz geschützte Moral.[1]) Wollte man die Hemmung der Verjährung und Ersitzung nur nach der von Planck vertretenen Auffassung geltend sein lassen, so würde man schließlich eine peinliche Prüfung der rechtlichen Grundlage des Pietätsverhältnisses auf Seite dessen heraufbeschwören, der durch die event. Nichtigkeit des Verhältnisses in seinem Vermögen betroffen würde. Man kann aber wohl behaupten, daß dadurch die von dem Gesetze so ängstlich behütete Moral eine Förderung nicht erfahren würde.

Aus dieser Erörterung erhellt, daß auch die Adoptiveltern von dem in § 204 geschützten Pietätsverhältnis mit betroffen sind. Dagegen kann von einem Pietätsverhältnis im Sinne des § 204 nicht im Verhältnis des Vaters zu seinem unehelichen Kinde die Rede sein. Denn die Grundlage der in § 204 aufgezählten Verhältnisse ist das Bestehen einer gewissen Gewalt auf einer Seite; eine solche ist aber dem unehelichen Vater nicht zuerkannt.

Für die geschäftsunfähigen Personen hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Fürsorge des gesetzlichen Vertreters getroffen. Es steht deshalb nichts entgegen, die Verjährung und Ersitzung auch gegen solche Personen laufen zu lassen. Unbillig aber wäre, gegen den Geschäftsunfähigen auch dann die Verjährung und Ersitzung wirken zu lassen, wenn er seines gesetzlichen Schutzes entbehrt. Und doch läßt das Gesetz in diesem Falle eine Hemmung nicht eintreten; die Verjährung bezw. Ersitzung läuft fort, doch kann sie sich nicht vollenden. „Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate“ (§ 206). Die gegen einen Minderjährigen laufende Verjährung bezw. Ersitzung soll demnach zwar in diesem Falle nicht gehemmt werden; wenn aber der Mangel der Vertretung noch innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist fällt, so soll die Vollendung der Verjährung bezw. Ersitzung bis zu dem in § 206 bezeichneten Zeitpunkt hinausgeschoben werden.

Der Grund, aus dem der Fall der mangelnden Vertretung

---

[1]) Ebenso Matthiaß Bd. 1 und Hölder S. 432.

von der eigentlichen Hemmung ausgeschlossen ist, liegt nach den Motiven[1]) darin, daß eine unübersehbare Anzahl von Ansprüchen im Wege des Erbgangs ganz oder zum Teil an minderjährige und zunächst unvertretene Erben gelange. Sollte die Verjährung aller dieser Ansprüche die entsprechende Zeit hindurch gehemmt sein, so wären schwere Unzuträglichkeiten unvermeidlich. Der praktische Gedanke dieses Arguments mag zugegeben werden, aber gerade mit Rücksicht auf die Ersitzung erheben sich Bedenken. Gesetzt den Fall: In Ansehung einer einem Minderjährigen gehörigen Sache, die sich im Ersitzungsbesitze eines Dritten befindet, hat die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren zu laufen. Nach Ablauf von 8 Jahren verliert der Minderjährige auf irgendeine Weise den Schutz seines gesetzlichen Vertreters. Die zur Vollendung der Ersitzungsfrist des Dritten nach erforderlichen 2 Jahre laufen ab, ohne daß der Minderjährige einen gesetzlichen Vertreter hat. Der Dritte wird damit Eigentümer der Ersitzungssache gegen den ohne seine Schuld an der Geltendmachung seines Anspruchs verhinderten Minderjährigen. Das ist aber eine kaum zu billigende Härte.

Andererseits steht das Gesetz wieder sehr auf seiten der Billigkeit, wenn es über die Zeit seit Behebung des Mangels gesetzlicher Vertretung hinaus die Vollendung der Verjährung auf sechs Monate aufschiebt, um dem neuen Vertreter bezw. dem volljährig Gewordenen die Möglichkeit einer gründlichen Prüfung der Vermögenslage zu geben.

Wer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bestimmt sich nach den §§ 104, 106 u. 114.

Eine Streitfrage entsteht, wenn der gesetzliche Vertreter selbst die Geschäftsfähigkeit verliert. Ein bei der 2. Kommission gestellter Antrag, daß ein Bevormundeter, dessen Vormund geschäftsunfähig werde, während der Dauer dieser Geschäftsunfähigkeit als nicht vertreten gelte, wurde abgelehnt, weil ein so seltener Fall einer besonderen gesetzlichen Entscheidung nicht bedürfe.[2]) Planck glaubt daraus entnehmen zu können, daß § 206 in einem solchen Falle nicht anzuwenden sei; denn „der Mündel hat einen gesetzlichen Vertreter; dieser ist zwar wegen seiner Geschäftsunfähigkeit außerstande, den Mündel zu vertreten, aber in Ermanglung besonderer gesetzlicher Vorschrift ist diese Verhinderung anders zu beurteilen als jede andere tatsächliche Verhinderung".[3])

Bei dieser Argumentation wird aber der eigentliche Zweck

---

[1]) Mot. Bd. 1 S. 320.
[2]) Prot. Bd. 4 S. 830; Prot. Bd. 6 S. 141 ff.
[3]) Planck Erl. zu § 206.

des § 206 vollkommen übersehen. Allerdings bleibt der Vormund so lange Vormund, bis er diese Eigenschaft mit seiner Entmündigung verliert (§ 1885), aber diese Bestimmung dürfte vernunftgemäß nicht für eine Ausschaltung des § 206 in diesem Falle sprechen. Der Bevormundete soll durch seinen Vormund gegen den Lauf der Verjährung bezw. Ersitzung geschützt werden. Weil er selbst zur Führung seiner Geschäfte auf Grund seiner Jugend oder des Mangels an Geistesstärke nicht imstande ist, soll ihn ein Dritter mit seinen geistigen Fähigkeiten unterstützen. Fehlen diesem derartige Fähigkeiten, so fehlt die Voraussetzung, auf Grund deren er aufgestellt worden ist, und es kann von einer vormundschaftlichen Tätigkeit nicht die Rede sein. Er kann daher als Vormund nicht betrachtet werden, vielmehr muß dieser Fall logischerweise dem Sinne des § 206 gemäß behandelt werden, wenngleich nach dem Gesetze ein Vormund, wenn auch nur formell, als noch vorhanden gilt. Die Auffassung Plancks ist eine auf der Grundlage rein juristischer Schlußfolgerungen gewonnenes Resultat, steht jedoch dem Sinne des § 206 konträr gegenüber. Die Ersitzung gegen einen Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten kann in einem solchen Falle sich nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollenden, in dem der Vormund wieder geschäftsfähig geworden oder ein neuer geschäftsfähiger Vormund aufgestellt worden ist.

Außer Zweifel steht der Fall, daß der Vormund bereits bei seiner Bestellung geschäftsunfähig war. Die Bestellung ist nichtig und die Voraussetzung für die Anwendung des § 206 gegeben; denn der Bevormundete hatte in diesem Falle gar keinen Vormund erhalten.

Der Abs. 2 des § 206 bestimmt, daß die Vorschriften des § 206 keine Anwendung finden, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist. Die Prozeßfähigkeit einer Person bestimmt sich nach § 52 ZPO. durch die Fähigkeit, sich vertraglich verpflichten zu können. Damit scheiden selbstverständlich die Geschäftsunfähigen aus, und es bleiben nunmehr die in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche kann der geschäftsbeschränkte Minderjährige selbst eine vertragliche Verpflichtung eingehen einmal in dem Falle der durch vormundschaftsgerichtliche Genehmigung unterstützten Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters zu einem Erwerbsgeschäfte für solche Rechtsgeschäfte, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, wobei wieder die Rechtsgeschäfte ausgenommen sind, zu denen der Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§ 112). Der zweite Fall der partiellen unbeschränkten Geschäftsfähigkeit ist der

mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters erfolgende Eintritt des Minderjährigen in Dienst oder Arbeit. Der Minderjährige ist hier für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen (§ 113; vgl. §§ 1643, 1821, 1822).

Der Abs. 2 des § 206 ist die Konsequenz dieser beiden Fälle der partiellen Geschäftsfähigkeit. Die Ersitzung von Sachen, die in Beziehung zu einem Geschäftsbetrieb nach § 112 oder zu einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis nach § 113 eines Minderjährigen stehen, läuft gegen diesen ungehemmt fort, selbst wenn er keinen gesetzlichen Vertreter hat.

Ganz analog dem § 206 und von demselben Gedanken getragen ist § 207: „Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlaß gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet, wird nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate". Auch hier ist nicht von einer eigentlichen Hemmung die Rede, sondern wie im § 206 ist im Fall eines Mangels der Nachlaßvertretung, wenn er mit dem letzten halben Jahre der Verjährungsfrist zusammenfällt, ein Aufschub für die Vollendung der Verjährung bezw. Ersitzung statuiert.

Der Zweck dieser Vorschrift ist einerseits, die in der Zeit bis zur Annahme der Erbschaft bestehende Unmöglichkeit, einen Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, gegen die Erben gerichtlich geltend zu machen, nicht für den Gläubiger durch Verjährung des Anspruchs schädigend wirken zu lassen. Andererseits sollen durch diese Vorschrift auch Ansprüche geschützt werden, die zum Nachlaß gehören. Auch hier würde die Verjährung bezw. Ersitzung aus demselben Grunde ungerecht wirken. Zwar kann der Erbe schon vor Annahme der Erbschaft erbschaftliche Geschäfte besorgen, also auch event. Ansprüche geltend machen, und ist nach § 1559 wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag demjenigen, der wirklich Erbe werden wird, verantwortlich, doch wird nach den Motiven der Erbe nur selten eine derartige Tätigkeit entfalten, da darin sehr leicht eine Annahme der Erbschaft erblickt werden kann.

Der Annahme der Erbschaft steht zeitlich und rechtlich im Sinne des § 207 die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß

oder die Aufstellung eines Vertreters gleich. Sowohl der Konkursverwalter als auch der Nachlaßpfleger haben uneingeschränkte Vertretungsbefugnis (§§ 1960, 1961, 1981). Eine Ersitzung gegen eine Sache, die zu dem durch sie vertretenen Nachlaß gehört, ist also im vollen Umfange mit Ausnahme der in § 207 bestimmten Zeit möglich.

Bezüglich des Testamentsvollstreckers dürfte die Vorschrift des § 207 zu modifizieren sein. Der Erblasser kann die gesetzlichen Aufgaben des Testamentsvollstreckers beliebig beschränken. Ein Pflichtteilsanspruch kann sogar laut gesetzlicher Bestimmung nur gegen den Erben geltend gemacht werden. Dem Sinne des § 207 entsprechend muß daher gefolgert werden, daß die Vollendung der Verjährung bezw. Ersitzung einer zu einem Nachlaß gehörigen Sache, in Ansehung deren dem Testamentsvollstrecker keine Befugnis zusteht, gegen den Erben in gleicher Weise aufzuschieben ist wie in den anderen von § 207 getroffenen Fällen.

Behält man den eigentlichen Zweck des § 207 im Auge, so kann m. A. kein Zweifel darüber bestehen, wie der Fall zu behandeln ist, wenn der bereits aufgestellte Vertreter des Nachlasses vor Ablauf der sechs Monate wieder wegfällt. Von einer Seite[1]) wird in diesem Falle die Zulässigkeit eines erneuten Aufschubs der Vollendung der Verjährungs- bezw. Ersitzungsfrist in Abrede gestellt.

Wenn man sich lediglich vom Wortlaut leiten läßt, so dürfte man zu keinem Resultate gelangen; denn aus dem Texte allein läßt sich weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas herauslesen. Der § 207 ist aber von demselben Billigkeitsgedanken getragen wie § 206, und es wird somit auch für diesen Fall dasselbe zu gelten haben. Fällt demnach der Vertreter des Nachlasses nach kürzerer als halbjähriger Tätigkeit aus irgendeinem Grunde wieder fort, so wird die Vollendung der Verjährung bezw. Ersitzung neuerdings hinausgeschoben bis zum Ablauf von sechs Monaten seit Bestellung eines neuen Vertreters.

Dem Sinne des § 207 entsprechend wird auch der Abwesenheitspfleger nach dem Tode des Abwesenden als Vertreter des Nachlasses so lange anzusehen sein, bis er vom Vormundschaftsgericht seines Amtes entsetzt wird. Der praktische Zweck in diesem Falle ist für die Eigentumsansprüche, die an einem anderen als am Aufenthaltsorte des Abwesenden begründet wurden, nicht einzusehen; der § 207 ist allein von Bedeutung für die am Aufenthaltsort des Abwesenden entstandenen Eigentumsansprüche, von denen der Abwesenheitspfleger jedoch meist keine Kenntnis

[1]) Planck Erl. zu § 207.

haben wird. Eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Fällen würde jedoch, wie Planck mit Recht betont, das Gesetz komplizieren; auch hat bereits die 1. Kommission die Ausdehnung des § 207 auf die Abwesenheitspflegschaft im Todesfalle des Abwesenden ohne Einschränkung im Auge gehabt.

Bezüglich der Beweislast kann kein Zweifel bestehen. Der in seinem Eigentumsrecht angegriffene Gegner des Ersitzenden hat darzutun, daß er aus einem der in §§ 204—207 festgesetzten Grunde an der Verfolgung seines Eigentumsanspruchs gehindert, die Ersitzung somit gehemmt oder gehemmt gewesen sei und daher ein Eigentumserwerb nicht stattgefunden haben könne.

c) Unterbrechung.

In unserem Gesetzbuche hat man eine zweifache Art der Unterbrechung zu unterscheiden: eine durch Aufhören des für die Wirksamkeit der Ersitzung bedingten Zustands und eine durch gerichtliche Geltendmachung verursachte. Die Verschiedenheit dieser beiden Arten liegt in der Wirkung der Unterbrechung gegenüber Dritten.

Es soll hier zunächst die natürliche Unterbrechung usurpatio naturalis, interropte naturelle behandelt werden. Ihr Effekt ist gleich dem des Eigentums. Sie wirkt allen Personen gegenüber.

Eine selbstverständliche Konsequenz des in § 937 Abs. 1 aufgestellten Satzes ist es, daß die Ersitzung durch den Verlust des Eigenbesitzes unterbrochen wird (§ 940 Abs. 1).[1]) Dieser Verlust des Eigenbesitzes läßt sich entweder als Verlust des unmittelbaren oder mittelbaren Eigenbesitzes oder als ein Aufgeben des Eigenbesitzwillens darstellen.

Der unmittelbare Eigenbesitz wird dadurch beendet, daß der Eigenbesitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert (§ 856 Abs. 1). Dieses Aufgeben des unmittelbaren Eigenbesitzes kann nicht lediglich in einer Willenserklärung erblickt werden; denn der unmittelbare Besitz ist ein auf die Tatsache der Macht des Menschen über die Sache gegründetes Verhältnis und als solches von einer Willensbetätigung vollkommen unabhängig. Das Aufgeben der Gewalt im Sinne des § 856 hat man sich vielmehr vorzustellen als eine Herbeiführung

---

[1]) s. Windscheid § 180 bei Note 6; preuß. ALR. I, 9 § 601; bayer. LR. II, 4 § 11; code civil art. 2243; sächs. GB. § 274; bayer. Entw. III Art. 143; hess. Entw. II, 5 Art. 20 u. 50.

des Verlustes der Gewalt durch den Besitzer selbst[1]) und, wie noch ergänzend hinzuzufügen ist, für immer, wobei in vielen Fällen die Anschauung im Verkehr entscheidend sein wird.

Dieses Aufgeben der Gewalt ist zwar kein Rechtsgeschäft, jedoch eine Rechtshandlung, auf die die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte Anwendung finden müssen. Eine für die Ersitzung wirksame Besitzaufgabe im Sinne des § 856 kann also für einen Minderjährigen oder Geisteskranken nur sein gesetzlicher Vertreter vornehmen. Dies ergibt sich schon als logische Folgerung aus dem Institut des gesetzlichen Vertreters überhaupt; denn es wäre unhaltbar, demjenigen, der sich nur durch seinen Vertreter in der Ersitzungslage befinden kann, durch eigenmächtiges Eingreifen einen entscheidenden Einfluß auf das durch seinen Vertreter begründete Verhältnis einräumen zu wollen.

Damit entscheidet sich auch die Streitfrage, ob ein durch Irrtum oder arglistige Täuschung erfolgtes Abhandenkommen als Aufgabe im Sinne des § 856 zu betrachten sei. Durch die analoge Anwendung der Rechtssätze über die Willensmängel bei Rechtsgeschäften kommen wir dazu, diese Frage verneinen zu müssen.[2])

Der auf andere Weise als durch Aufgabe erfolgende Verlust der tatsächlichen Gewalt stellt sich als eine von außen her gegen den Besitzer gerichtete Aktion dar, die ihm eine weitere Behauptung seines Machtverhältnisses zur Sache unmöglich macht. In erster Linie denkt man dabei an den Tod des unmittelbaren Eigenbesitzers. Die dadurch in natura erfolgende Unterbrechung des Eigenbesitzes wird jedoch, wie bereits erwähnt, durch § 857 im Sinne der 2. Kommission in das Gegenteil, die Anrechnungsmöglichkeit, verwandelt. Der Fall der Besitznahme der Ersitzungssache durch einen Erbschaftsbesitzer ist, obwohl im direkten Widerspruch mit der Natur des unmittelbaren Eigenbesitzes stehend, vermöge der Bestimmung des § 2026 ebenso zu behandeln.[3]) Eine Besitzergreifung der Ersitzungssache durch einen Dritten, der nicht Erbschaftsbesitzer ist, steht jedoch der Wirksamkeit der Ersitzung vernichtend gegenüber. In diesem Falle wird sie unterbrochen.

Der Besitz an einem gefangenen wilden Tiere wird verloren und damit die Ersitzung an ihm unterbrochen, wenn es die Freiheit wiedererlangt, es sei denn, daß es unverzüglich verfolgt oder die

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 102.

[2]) A. A. Dernburg Bd. 3 § 103.

[3]) Der Annahme des mittelbaren Besitzverhältnisses zwischen Erbschaftsbesitzer und Erben steht entgegen, daß in diesem Fall die das Wesen des mittelbaren Besitzes bildende Anerkennung des mittelbaren Besitzers notwendigerweise mangeln muß.

Verfolgung aufgegeben wird, und an einem gezähmten Tier, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren (§ 960). Eine ganz analoge spezielle Vorschrift bezüglich des Besitzverlustes eines Bienenschwarms gibt § 961.

Aus dem Wesen des mittelbaren Besitzes ist der Schluß auf die verschiedene Art und Weise der Möglichkeit seines Verlustes zu ziehen. Da, wie bereits an früherer Stelle betont, zum Wesen des mittelbaren Besitzes die Anerkennung des mittelbaren durch den unmittelbaren Besitzer gehört, so kann darüber kein Zweifel bestehen, daß eine Erklärung des unmittelbaren an den mittelbaren, nunmehr nicht mehr für ihn besitzen zu wollen, für den letzteren einen Besitzverlust und damit eine Unterbrechung der Ersitzung verursacht.[1]) Führt eine Kette von mittelbaren Besitzern zu dem letzten in der Ersitzungslage befindlichen mittelbaren Eigenbesitzer, so müssen notwendigerweise in jedem der ein Glied der Kette bildenden Besitzer zwei Willensrichtungen bezüglich seines mittelbaren Besitzes vorhanden sein: einmal der Wille, die Sache für sich durch einen andern — jedoch nicht als ihm gehörend — besitzen zu lassen, und dann der Wille, diesen durch einen anderen vermittelten Besitz an seinen Vorgänger im Besitze weiterzuvermitteln. Gibt er nun den Willen, durch einen anderen für sich besitzen zu lassen, auf, so löst sich damit notwendigerweise auch seine Anerkennung seines Vorbesitzers. Damit ist die Kette unterbrochen und eigentlich ein Besitzverlust durch Nichtanerkennung herbeigeführt. Eine derartige Unterbrechung dürfte jedoch logischerweise nur dann als rechtswirksam angesehen werden, wenn der durch die Lücke isolierte Besitzer von den weiteren Besitzern nicht anerkannt wird. Ist dies jedoch der Fall, so kann natürlich von einem Besitzverlust durch Nichtanerkennung des letzten mittelbaren Besitzers nicht die Rede sein, selbst wenn ein diese Anerkennung vermittelndes Glied in der Besitzerkette fehlt.

Ein einfaches Beispiel dürfte zur Verständlichkeit beitragen. A befindet sich in Ansehung einer Sache in der Ersitzungslage. Er hat an der Sache für B einen Nießbrauch bestellt und sie dem B zur Ausübung seines Nießbrauchs überlassen. Dieser verpachtet sein Recht an C und überläßt diesem den Besitz der Sache. B gibt nun den Willen, durch C für sich besitzen zu lassen, auf, vielleicht dadurch, daß er dem C erklärt, er möchte mit der ganzen Geschichte nichts mehr zu tun haben, ohne die Sache von C herauszufordern. Erkennt nun C den A als letzten mittelbaren Besitzer an, so hat der Mangel des Besitzwillens des B für die Ersitzung

[1]) s. Entw. § 813 Abs. 2; Mot. Bd. 3 S. 107; Prot Bd. 3 S. 227; a. A. Staudinger Bd. 3 Erl. 2a zu § 868.

des A keine nachteilige Folge. Fehlt jedoch aus irgendeinem Grunde die Anerkennung, so wird man eine Unterbrechung der Ersitzung annehmen müssen.

Dasselbe ist der Fall, wenn der unmittelbare Besitzer an der Sache Handlungen vornimmt, die jede Gewaltausübung für den mittelbaren Besitzer ausschließen. Z. B. der Pfandausleiher wird von dem den Besitz vermittelnden Pfandschuldner betrogen.

Ebensowenig wie der unmittelbare wird logischerweise der mittelbare Besitz durch den Tod unterbrochen. Auch ist der Verlust der Geschäftsfähigkeit nicht zugleich der des mittelbaren Besitzes; denn in diesem Falle hat, wie bereits erörtert, der gesetzliche Vertreter für den Bevormundeten den Besitz.

Bei dem Verlust des unmittelbaren Eigenbesitzes spielt im allgemeinen der Wille keine Rolle. Mit dem Aufhören des Gewaltverhältnisses der Person zur Sache wird der unmittelbare Eigenbesitz verloren, gleichgültig ob das Aufhören des Gewaltverhältnisses mit oder ohne den Willen der Person herbeigeführt wird. Allein im Falle des § 854 Abs. 2 kann von dem Eigenbesitzwillen nicht abstrahiert werden; da dieser hier nur noch das einzige Charakteristikum des Besitzes ist, so wird notwendigerweise durch Aufgeben des Willens ein Verlust des Besitzes und damit die Unterbrechung einer event. Ersitzung herbeigeführt.

Die durch die Erfordernisse des § 937 sich ergebende weitere Art der Unterbrechung durch nachträgliches Entstehen des bösen Glaubens wird am besten an späterer Stelle im Zusammenhange mit der Erörterung über den guten Glauben bei der Ersitzung behandelt werden.

Nach dem römischen Recht ist der Besitzverlust hinsichtlich seiner zerstörenden Wirkung für die Ersitzung erst dann gegeben, wenn der seinen Verlust kennende Besitzer keine Schritte zur Wiedererlangung unternimmt. Eine ähnliche Bestimmung enthält auch das Bürgerliche Gesetzbuch im § 859. Hiernach ist der Besitzer berechtigt, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren und demjenigen, der ihn seines Besitzes beraubt, mit Gewalt wiederwegzunehmen. Allein diese Vorschrift ist nur bei frischer Tat anzuwenden und schützt vor allem, wie auch das römische Recht, nicht den in Unkenntnis von seinem Besitzverlust sich befindlichen Besitzer.

Die darin bestehende Gefahr für den Ersitzenden soll durch § 940 Abs. 2[1]) beseitigt werden, der sich als eine Reproduktion des art. 2243 des code civil[2]) darstellt. „Die Unterbrechung gilt

---

[1]) Für die Immob.-Ers. § 900 Abs. 1 Satz 2, § 927 Abs. 1 Satz 2; s. Endemann S. 324 Note 12; Mot. Bd. 3 S. 354.

[2]) vgl. hess. Entw. II, 5 Art. 20.

als nicht erfolgt, wenn der Eigenbesitzer den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren und ihn binnen Jahresfrist oder einer innerhalb dieser Frist erhobenen Klage wiedererlangt hat."

In dem Entwurf war der Anschluß an das französische Vorbild insofern kein vollkommener, als es der 1. Kommission bedenklich erschien, die Dauer des Besitzverlustes mitzurechnen, weil diese Mitrechnung dem Gedanken widerspreche, daß der wirkliche Besitz die Grundlage der Ersitzung bildet.[1]) Die jetzige Fassung des § 940 Abs. 2 ging aus der Rücksicht auf die Vereinfachung des Gesetzes und aus der Billigung der Begründung des dahinzielenden Antrags hervor. Mit Recht ist darin hervorgehoben, daß der in den Motiven angeführte Grund gegen eine Einrechnung der kurzen Unterbrechungszeit ein rein theoretischer sei. Billige man einmal den Grundgedanken dieser Bestimmung, so werde man auch die kurze Zeit des Besitzverlustes mit einrechnen können.

Eine gewisse Ungerechtigkeit besteht allerdings in dieser Einrechnung der Zeit des Besitzverlustes, wenn z. B. der Eigentümer der Ersitzungssache den Besitz daran zurückerlangt, dann zufällig die Sache vor Ablauf eines Jahres wieder in den Besitz des Ersitzenden kommt und dieser dadurch oder kurze Zeit darauf durch Vollendung der Ersitzung selbst Eigentümer wird. Aus diesem Grunde wollte ein Antrag die Zeit des Besitzverlustes nur dann eingerechnet wissen, wenn eine Verpflichtung des Zwischenbesitzers bestanden habe, die Sache an den Ersitzenden herauszugeben. Jedoch man darf wohl mit der Mehrzahl der 2. Kommission der Ansicht sein, daß für eine solche Bestimmung praktisch kein Bedürfnis vorliegt; besonders der als Beispiel angeführte Fall dürfte doch wohl nur äußerst selten vorkommen.

Eine Wiedererlangung der Ersitzungssache durch verbotene Eigenmacht kann für die Ersitzung als solche keine nachteiligen Folgen haben.[2])

Die Bestimmung des § 940 Abs. 2 kann jedoch auf den Fall der freiwilligen Besitzaufgabe keine Anwendung finden. Das beweisen schon deutlich die Worte „ohne seinen Willen", die gegen einen ihre Streichung befürwortenden Antrag von der Mehrzahl der 2. Kommission aufrechterhalten wurden. Es wäre auch unbegreiflich, wollte man demjenigen, der mit voller Absicht sich seines Besitzes entledigt hat, die Wohltat dieser Bestimmung für seine möglicherweise später eintretende Reue gewähren.

Die Klage zur Wiedererlangung des Besitzes bestimmt sich nach § 861. Demnach ist sie ausgeschlossen, wenn der Eigentümer

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 354; bayer. Entw. III Art. 144.
[2]) Mot. Bd. 3 S. 355.

dem in der Ersitzungslage Befindlichen den Besitz an der Ersitzungssache entzogen hat. Sie geht im Falle des Todes des Ersitzenden auf dessen Erben über (§ 1922), erlischt jedoch nach einem Jahre, so daß die Wiedererlangung des Besitzes nach Ablauf eines Jahres nunmehr durch § 1007 erfolgen kann.

Wiedererlangt ist der Eigenbesitz mittels Klage jedoch erst dann, wenn er von dem Beklagten oder einer Person, gegen die das rechtskräftige Urteil nach § 325 ZPO. wirkt, zwangsweise oder freiwillig wieder eingeräumt wird. Möglicherweise kann nun bis zu diesem Zeitpunkt über ein Jahr seit dem Verlust des Besitzes abgelaufen sein; doch darf dies billigerweise der Anwendung der Rechtswohltat in § 940 Abs. 2 nicht entgegenstehen. Denn „eine im Wege der Klage erlangte Rückgabe ist vielmehr, was die Einhaltung der Frist anbelangt, auf den Zeitpunkt der Klageerhebung zurückzubeziehen, weil die Dauer des Prozesses dem Ersitzenden nicht zum Nachteil gereichen darf".[1])

Im Falle der Unterbrechung durch Erklärung des unmittelbaren Besitzers, nicht mehr für den mittelbaren Eigenbesitzer besitzen zu wollen, wird dieser eine Feststellungsklage innerhalb der in § 940 Abs. 2 bezeichneten Zeit erheben müssen. Das zu seinen Gunsten ergehende Urteil hat dann dieselbe Wirkung wie die Anerkennung des unmittelbaren Besitzers.[2])

Die zweite Art der Unterbrechung der Ersitzung ist die durch gerichtliche Geltendmachung erfolgende. Ihre Wirkung ist jedoch nur eine relative, d. h. sie besteht nur zugunsten desjenigen, der sie veranlaßt hat. Diese Beschränkung im Effekte der durch Klagestellung verursachten Unterbrechung bestand schon im gemeinen Recht,[3]) während die Behandlung zur Zeit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine verschiedene war.[4])

Der § 941 bestimmt: „Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Eigentumsanspruch gegen den Eigenbesitzer oder im Falle eines mittelbaren Eigenbesitzes gegen den Besitzer gerichtlich geltend gemacht wird, der sein Recht zum Besitze von dem Eigenbesitzer ableitet; die Unterbrechung tritt jedoch nur zugunsten desjenigen ein, welcher sie herbeiführt. Die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 209—212, 216, 219, 220 finden entsprechende Anwendung".

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 355.

[2]) Planck Erl. 3 b β zu § 868.

[3]) Windscheid § 180 Note 7.

[4]) Absolute Wirkung: preuß. ALR. I, 9 §§ 603 ff.; sächs. GB. § 274; hess. Entw. II Art. 18 u. 19; relative Wirkung: code civil art. 2247; österr. GB. § 1497; zür. GB. § 644; bayer. Entw. Art. 644.

Die zur Geltendmachung des Eigentumsanspruchs geeignete Klage ist die in § 985 wiedergegebene rei vindicatio.

Eine Streitfrage besteht darüber, ob im Falle des mittelbaren Eigenbesitzes auch die Klage gegen den in der Ersitzungslage befindlichen mittelbaren Eigenbesitzer zur Unterbrechung der Ersitzung geeignet sei. Dem Wortlaut des § 941 gemäß wäre diese Frage zu verneinen. Maßgebend für diese Bestimmung war die Erwägung, daß der Eigentümer gegen den mittelbaren Eigenbesitzer nur auf Feststellung und nicht auf Herausgabe klagen könne. Allein man darf wohl Planck beistimmen, wenn er dem Eigentümer die Wahl lassen will, ob er seine Klage gegen den mittelbaren in der Ersitzungslage befindlichen oder gegen den unmittelbaren Besitzer richten will, da vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch gegen den mittelbaren Besitzer ein Eigentumsanspruch nach § 985 zulässig ist.[1]) Die von Lessing vertretene gegenteilige Auffassung[2]) scheint mir noch auf dem § 824 des Entwurfs zu basieren, in dem lediglich der Begriff des mittelbaren Besitzes definiert und ein gewisser Unterschied zwischen mittelbaren und unmittelbaren Besitz gemacht war. Nach der von der Redaktionskommission vorgeschlagenen und von der 2. Beratungskommission beschlossenen Gleichstellung[3]) des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes kann aber über die Richtigkeit der mit Planck vertretenen Auffassung kein Zweifel mehr bestehen.

Ein sehr gerechtfertigter Antrag, der einer gegen einen nicht in der Ersitzungslage befindlichen Zwischenbesitzer gerichteten Klage unterbrechende Wirkung zukommen lassen wollte, wurde von der Beratungskommission, obwohl ein sachlicher Widerspruch dagegen sich nicht erhob, mit der Begründung abgelehnt, daß die vorgeschlagene Vorschrift kasuistisch sei und man die Entscheidung unbedenklich der Praxis überlassen könnte, welche voraussichtlich zu dem Resultate des Antrags kommen werde.

Zunächst sei hier konstatiert, daß ein Blick in die bedeutenderen Kommentare für das Bürgerliche Gesetzbuch das Gegenteil der von der 2. Kommission vermuteten Auslegung beweist. Außerdem sei hier darauf hingewiesen, daß es eine Forderung der Billigkeit ist, den Zwischenbesitz eines Dritten, der vielleicht gemäß § 940 Abs. 2 als nicht erfolgt gilt und somit dem Ersitzenden sogar zugute kommt, auch für den Ersitzungsgegner als Angriffsfläche bestehen zu lassen; denn es ist ungerecht, daß ein Zustand, der mit der Ersitzung in absolut keinem Zusammenhang steht,

---

[1]) Planck Erl. 3 zu § 941.
[2]) Sächs. Arch. f. bürgerl. R. und Prozeß Bd. 6 S. 612.
[3]) Prot. Bd. 4 S. 584.

somit als vollkommen „neutral“ bezeichnet werden kann, dem einen zum Vorteil verhilft und für den anderen insofern hemmend wirkt, als er ihm keine Gelegenheit zur Durchsetzung seines Rechts bieten soll.

Die dreißigjährige Ersitzungsfrist des Erbschaftsbesitzers wird durch Erhebung der Erbschaftsklage nach § 2018 unterbrochen.

„In derselben Weise, wie ein erhobener dinglicher Anspruch gegen die Folgen des Ablaufs der Verjährungsfrist zu schützen ist, ist derselbe auch gegen die Folgen des Ablaufs der Ersitzungsfrist zu schützen.“[1])

Ganz analog wie bei der Hemmung bestimmte bereits der Entwurf die Heranziehung der einschlägigen Bestimmungen über Unterbrechung der Verjährung und behauptete seine Stellung gegen einen Antrag, der eine bloße Zitierung der genannten Paragraphen wegen der Gefahr einer Verquickung der Verjährung mit der Ersitzung nicht für zweckmäßig hielt. Allerdings ist der Hinweis auf die in § 941 angezogenen Paragraphen insofern ein ungenauer, als die Vorschriften des § 209 Abs. 2 Ziff. 1—4 nicht in Betracht kommen können. Dies ist daraus zu schließen, daß in § 941 die Bestimmungen der §§ 213—215 über Fortdauer und Wegfall der Unterbrechung in diesen Fällen nicht aufgeführt sind, während bei den übrigen der Klagestellung gleichgestellten Arten der gerichtlichen Geltendmachung des Eigentumsanspruchs eine Bestimmung in dieser Hinsicht durch die Zitierung in § 941 getroffen ist.

Die in ihrer Wirkung für die Unterbrechung der Ersitzung der Klage gleichgestellten Surrogate sind demnach:

1. Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung;

2. Einreichung eines Gesuchs auf Vorentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges oder auf Bestimmung des zulässigen Gerichts nach § 210;

3. Erhebung des Anspruchs vor einem Schiedsgerichte, einem besonderen Gerichte, einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde.

Der Anfang der Unterbrechung liegt in dem Zeitpunkt der Erhebung der Eigentumsklage oder deren Surrogate.

Im Falle der Klageerhebung endigt sie mit dem rechtskräftigen Urteil bezw. mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts. In letzterem Falle wird die neu beginnende Ersitzung dadurch wieder unterbrochen, daß eine der Parteien den

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 356.

Prozeß weiterbetreibt (§ 211). Ebenso beendigt sich die Unterbrechung der sub 3 bezeichneten Surrogate der Klageerhebung. Die unterbrechende Wirkung der sub 2 angeführten Art der gerichtlichen Geltendmachung erreicht ihr Ende, wenn die Klage binnen drei Monaten nach Erledigung des Gesuchs nicht erhoben wird (§§ 203, 206, 207, 210). Bei der Unterbrechung durch Zwangsvollstreckung liegt das Ende bei dem Anfang, so daß nach Beendigung des Aktes der Vollstreckungshandlung bezw. sofort nach Stellung des Antrags eine neue Ersitzung beginnen kann.

„Die Unterbrechung durch Klagestellung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird" (§ 212 Abs. 1). Diese Vorschrift gibt in ihrer Anwendung auf die Ersitzung Anlaß zu großen Bedenken. Es ist damit jedem Dritten die Möglichkeit gegeben, Schikane gegen den Ersitzenden im größten Umfange zu betreiben. Seine gegen den Ersitzenden gerichtete Klage auf Herausgabe der Sache wird als von einem Unberechtigten gestellt, ja wohl abgewiesen werden; jedoch geschieht dies durch ein Sachurteil. Die Ersitzung ist hiermit unterbrochen. Ein im Kreise der 2. Kommission gestellter Antrag, der der Klage auf Feststellung des Eigentums bezw. Herausgabe der Sache nur dann unterbrechende Kraft zukommen lassen wollte, wenn sie von dem Eigentümer selbst erhoben wird, wurde mit der Begründung abgewiesen, daß damit nicht alle hierher gehörigen Fälle gedeckt würden. Welche Fälle die 2. Kommission im Auge hatte, scheint nicht klar zu sein; denn durch die Ersitzungswirkung wird nur der Eigentümer in seinem Rechte getroffen.

Nach dem Abs. 2 des § 212 gilt die Ersitzung, wenn der Berechtigte binnen sechs Monaten von neuem Klage erhebt, als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen. Eine ganz analoge Bestimmung wie § 212 Abs. 1 enthält der § 216 für die Unterbrechung durch Zwangsvollstreckung.

Hachenburg[1]) glaubt als ein weiteres Surrogat der Klagestellung im Sinne des § 209 das Anerkenntnis des Eigentums anführen zu müssen. Doch dürfte diese Ansicht für die Ersitzung deshalb belanglos sein, weil in diesem Falle wohl stets der gute Glaube fehlen wird und die Ersitzung demnach durch mala fides superveniens unterbrochen wird. Dasselbe ist der Fall bei einer außergerichtlichen Interpellation, wie sie in dem alten bayerischen Landrecht Teil II Kap. 4 § 11 als ein Unterbrechungsmittel der Ersitzung aufgestellt war. Sie kann höchstens durch Erregung des bösen Glaubens sekundär die Ersitzung unterbrechen.

---

[1]) Hachenburg, Vorträge S. 186.

§ 4.

3. Guter Glaube.

Dieses letzte durch § 937 für die Ersitzung notwendige Erfordernis gehört hinsichtlich seiner Begriffsbestimmung zu den bestrittensten Fragen.

Zur Zeit des gemeinen Rechts war die lange herrschende Auffassung, der gute Glaube sei die Überzeugung, Eigentum erworben zu haben. Demgegenüber steht die Meinung, der gute Glaube sei in der Abwesenheit von Unredlichkeit zu erblicken.[1]) Der Entwurf bestimmte in § 881 Abs. 2 den guten Glauben negativ, indem er die Ersitzung ausgeschlossen sein ließ, „wenn dem Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß er das Eigentum nicht erwerbe", mit der Ergänzung, daß die Kenntnis und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts der Kenntnis und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis der mit der Anfechtung eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleichstünde, wenn die Anfechtung erfolgt sei.

Diese Definition deckt sich dem gewollten Sinne nach im allgemeinen mit der des gemeinen Rechts, ist aber nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. In diesem ist der gute Glaube durch § 932 Abs. 2 bestimmt: „Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört". Die Auffassung, den guten Glauben mit der Abwesenheit von Unredlichkeit zu identifizieren, ist bereits durch die in den klaren Worten der Motive erkennbare Stellung der 1. Kommission mit Recht abgelehnt worden.

Die Anwendung des Begriffes von gutem Glauben, wie ihn § 932 Abs. 2 gibt, auf § 937 führt aber zu unrichtigen Ergebnissen. Es wäre demnach die Möglichkeit für die Ersitzung erweitert; denn der Erwerber des Eigenbesitzes brauchte nur hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers im guten Glauben zu sein, die Mängel des Rechtsgeschäfts, z. B. die aus irgendeinem Grunde bestehende Ungültigkeit, würden trotz seiner Kenntnis hiervon dem Beginne der Ersitzung nicht entgegenstehen.

Allgemein wird daher für die Ersitzung die Einstellung der im Entwurf gegebenen Begriffsbestimmung gefordert, die auch von der 2. Kommission sachlich gebilligt wurde. Allein auch

[1]) Preuß. ALR. I § 628; österr. GB. § 1477; sächs. GB. §§ 188, 260.

gegen diese Definition erheben sich Bedenken. Wenn der Ersitzende seinen Erwerb aus irgendeinem Grunde für unrechtmäßig hielt, während in Wirklichkeit der Fehler des Erwerbs in einem anderen Grunde liegt, so hat der Ersitzende die Überzeugung, nicht Eigentum erworben zu haben, wenn diese auch auf einem Irrtum beruht. Er kann infolgedessen nicht ersitzen, denn er ist nicht im guten Glauben.[1])

Es dürfte daher das Zweckmäßigste sein, den guten Glauben zu bestimmen als die Kenntnis oder die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von Tatsachen, die den Eigentumserwerb in dem speziellen Falle ausschließen.[2])

Diese Definition entspricht auch vollkommen dem Abs. 2 des § 937.

Eine Neuerung gegenüber dem gemeinen Recht ist die Aufnahme des Begriffs der groben Fahrlässigkeit in die Definition des guten Glaubens beim Erwerbe des Ersitzungsbesitzes, und zwar nur bei diesem. Über den Begriff dieser groben Fahrlässigkeit besteht eine Meinungsverschiedenheit.

Das Oberlandesgericht Hamburg[3]) bestimmte sie negativ, indem es sich auf die Definition des guten Glaubens in den Motiven beruft, als eine gewisse Nachforschungspflicht: „Eine strenge Diligenzpflicht dürfe man zwar, um den Zweck der Vorschrift nicht zu beeinträchtigen, dem Erwerber nicht auferlegen, wohl aber könne man verlangen, daß er, wenn Anlaß zu weiteren Nachforschungen vorliege, einen solchen Anlaß nicht grobfahrlässigerweise unberücksichtigt lasse". Mit Recht bezeichnet nun das Reichsgericht[4]) diese Auffassung als rechtsirrtümlich. Es bedarf nicht der Feststellung der Diligenzpflicht. Eine Diligenzpflicht besteht aber insofern, als die Interessen des Eigentümers in einer dem Gesetze entsprechenden Weise gewahrt werden müssen. Es kann nur die Frage sein, ob sie grobfahrlässig verletzt sind. Dies ist der Fall, wenn in demjenigen, in dessen Person der gute Glaube gefordert werden muß, auch bei nur geringer Aufmerksamkeit Zweifel an dem Rechte des Veräußerers entstehen müssen.

Daß die Kenntnis der Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts durch das putative Eigentum übertragen wird oder die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis hiervon der Kenntnis, nicht Eigentum erworben zu haben, gleichsteht, geht aus der bereits erwähnten sachlichen Billigung der Begriffsbestimmung des Entwurfs durch die 2. Kommission hervor.

---

[1]) Meischeider in den Beitr. Heft 3 S. 92.
[2]) s. Dernburg Bd. 3 S. 294; a. A. Endemann S. 325 Note 19.
[3]) Rechtspr. Bd. 8 S. 193.
[4]) RGE. Bd. 58 S. 162.

Eine Streitfrage war im römischen und gemeinen Recht, ob auch der Rechtsirrtum von dem Begriff des guten Glaubens umfaßt werde. Das Bürgerliche Gesetzbuch macht keinen Unterschied zwischen tatsächlichem und rechtlichem Irrtum, und da ja schließlich der gute Glaube eigentlich nicht anderes ist als ein entschuldbarer Irrtum, so steht nichts entgegen, auch die nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von Rechtssätzen, die den vom Ersitzenden vermeinten Eigentumserwerb an sich ausschließen, in den Begriff des guten Glaubens aufzunehmen.[1])

Die herrschende Meinung nimmt an, daß der gute Glaube wie der Besitz durch einen Vertreter vermittelt werden könnte. Sie kommt zu diesem Resultat durch einen Schluß aus den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte im Bürgerlichen Gesetzbuch und durch in § 801 des Entwurfs enthaltene Bestimmung, wonach auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden. Diese Bestimmung ging nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch über, „da auch ohne solche Bestimmung die Analogie nicht verkannt werden würde".[2])

Die im Entwurf statuierte entsprechende Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf den Besitzerwerb darf wohl als selbstverständlich gelten und ist ja auch aus diesem Grunde nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch eingesetzt worden.

Angefochten soll lediglich die zu weitgehende Ausdehnung dieses Grundsatzes sein, die als eine nicht mehr entsprechende Anwendung bezeichnet werden kann. Vor allem dürfte doch wohl die Annahme der Vermittlung des guten Glaubens durch einen Besitzdiener allein deswegen schon abzulehnen sein, weil der Besitzdiener überhaupt nicht als Vertreter, sondern nur als ein Werkzeug anzusehen ist, dem juristisch gar keine Individualität zukommt. Die Brauchbarkeit dieses Werkzeugs besteht lediglich in der Fähigkeit, das rein physische Verhältnis nach § 854 Abs. 1 herzustellen, als dessen Subjekt auf Grund der besonderen Bestimmung des § 855 derjenige zu gelten hat, in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft usw. der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt. Alle weiteren dieses rohe Gewaltverhältnis zu einem qualifizierten Besitz stempelnde Momente müssen in der Person des Besitzherrn gegeben sein. Die Ersitzung kann demnach bei einem durch einen Besitzdiener erfolgten Besitzerwerb erst beginnen, wenn der Besitzherr hiervon Kenntnis erhält und im

---

[1]) Biermann Erl. d zu § 937; Staudinger Erl. 2 a, α zu § 937; Cosack Bd. 2 S. 146 Anm.

[2]) Prot. Bd. 1 S. 33.

Hinblick auf die Sache im guten Glauben ist. Gleichgültig ist, ob der Besitzdiener gutgläubig ist oder nicht, denn seine Brauchbarkeit zu seiner Funktion wird, wie bereits erwähnt, dadurch nicht in Frage gestellt. Erfährt der Besitzherr von dem stattgehabten Besitzerwerb nie, so ist damit eine Ersitzung seinerseits vollkommen ausgeschlossen.

Ebenso ist die Annahme der Vermittlung des guten Glaubens durch einen wirklichen Vertreter zurückzuweisen. Sie widerspricht direkt dem Wesen der Ersitzung und dem des guten Glaubens; selbst die Ersitzung verlangt von dem durch sie Erwerbenden das seinen Besitz und sein putatives Eigentum rechtfertigende Bewußtsein der Redlichkeit. Dieses Bewußtsein muß aber notwendigerweise in dem Ersitzungssubjekte und nur in diesem vorhanden sein; denn es steht schon dem natürlichen Gefühl entgegen, eine Stellvertretung im Redlichkeitsbewußtsein anzunehmen. Eine event. Herbeiziehung der Bestimmungen über die gesetzliche Vertretung zur Begründung der gegenteiligen Meinung kann deshalb nicht zugelassen werden, weil diese Bestimmungen in ihrer Anwendung auf die Ersitzung, wie bereits an früherer Stelle betont, lediglich dem Billigkeitsgedanken Rechnung tragen sollen. Die Ersitzung beginnt mithin im Falle des durch einen Vertreter erfolgenden Besitzerwerbes nicht vor dem Zeitpunkt, in dem der Vertretene und mittelbare Besitzer von dem Erwerbe der Sache Kenntnis erhalten hat und im guten Glauben darüber sich befindet.

Dieser Folgerung scheint der § 166 entgegenzustehen, der bestimmt: „Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht". Demnach müßte bei einem für die Ersitzung geeigneten Besitzerwerb durch einen Vertreter lediglich dieser im guten Glauben sein, um den Beginn der Ersitzungszeit zu verursachen, für den Vertretenen und Ersitzenden käme als Unterbrechung auf diesem Gebiete nur noch die mala fides superveniens in Betracht. Damit wäre aber der Ersitzende in einer dem Abs. 2 des § 937 direkt widersprechenden Weise begünstigt; er wäre von der Diligenzpflicht entbunden und brauchte nur nachträglich nicht in den bösen Glauben zu kommen, was nach der Auffassung der 2. Kommission über diesen Begriff leicht zu verhindern ist.

Eine besondere Art von Vertreter ist der Erbschaftsbesitzer, der aus gleichen Gründen wie der gesetzliche Vertreter als Vermittler des guten Glaubens kraft gesetzlicher Bestimmung zu gelten hat. Seine Vertretung ist eine unbewußte und in den

meisten Fällen eine zugunsten eines ihm Unbekannten bewirkte Tätigkeit. Im Kreise der 2. Kommission entschied man sich dafür, den guten Glauben des Erbschaftsbesitzers nur hinsichtlich der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft zu verlangen.[1]) Gegen diese Ansicht sprechen Bedenken, allerdings nur rein theoretischer Natur. Die Grundlage der Anrechnung ist die Ersitzungsqualifikation des Vorgängers und des Nachfolgers im Besitze. Auch der § 944 will die „Ersitzungszeit" des Erbschaftsbesitzers dem Erben anrechnen lassen. Von einer Ersitzungszeit des Erbschaftsbesitzers kann aber keine Rede sein, wenn dieser bezüglich seiner putativen Erbeneigenschaft nicht in gutem Glauben ist; denn in diesem Falle ist die Meinung, Eigentum erworben zu haben, unmöglich.[2]) Jedoch vom praktischen Standpunkt aus erscheint es gerechtfertigt, diese rein theoretischen Bedenken nicht zu beachten;[3]) denn man verlangt deshalb vom Erbschaftsbesitzer guten Glauben nur hinsichtlich der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft, da es sich „nicht darum handelt, dem falschen Erben die Ersitzung zu ermöglichen, sondern vielmehr darum, dem wahren Erben die Besitzzeit des falschen zugute zu rechnen".

Für einen durch Ersitzung erfolgenden Eigentumserwerb des Erbschaftsbesitzers muß jedoch guter Glaube sowohl hinsichtlich der Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft als auch hinsichtlich seiner Erbenqualität gefordert werden. Eine entgegengesetzte Ansicht würde sich mit dem Wesen der Ersitzung absolut nicht vertragen können.

Im Gegensatz zum römischen Recht hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich der Wirkung der mala fides superveniens auf die Ersitzung dem kanonischen und gemeinen Rechte angeschlossen und ist damit den vor seiner Einführung geltenden Partikular- und den modernen Rechten einzelner Staaten gefolgt.[4]) Der nachträgliche böse Glaube steht der Ersitzung unterbrechend entgegen — ein Satz, der als selbstverständlich bezeichnet werden muß. Die Grundlage der Ersitzung ist doch das eine gewisse Zeit hindurch dauernde gerechtfertigte Eigentumsbewußtsein. Von einem solchen kann aber nicht mehr die Rede sein, wenn nach

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 236/37; Prot. Bd. 5 S. 233/34.

[2]) Ebenso Planck und Biermann.

[3]) s. Staudinger; Cosack Bd. 2 § 209 Ziff. 5; Endemann, Einführung Bd. 2 § 82 Anm. 16; Dernburg, LR. § 106 Anm. 12; Kuhlenbeck Bem. 2 zu § 944; Buhl S. 70; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 833.

[4]) Preuß. ALR. I, 9 § 579; bayer. LR. II, 4 § 7; sächs. GB. § 265; zür. GB. § 642; österr. GB. §§ 1463, 1497; hess. Entw. II, 4 Art. 33; bayer. Entw. III Art. 133 Abs. 2.

dem gutgläubigen Besitzerwerb, der dieses Bewußtsein in dem Ersitzenden hervorgerufen hatte, der böse Glaube, d. h. die Kenntnis, Eigentum nicht erworben zu haben, nachfolgt.

Bezüglich der Rechtfertigung des einmal bestehenden guten Glaubens nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch einen sehr milden Standpunkt ein. Ein nachfolgender böser Glaube gilt nur dann als vorhanden, wenn der in der Ersitzungslage Befindliche die positive (ihn vollkommen überzeugende) Kenntnis von Tatsachen erhält, die den von ihm gutgläubig vermeinten Eigentumserwerb ausgeschlossen erscheinen lassen. Damit ist eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis von dem nicht erfolgten Eigentumserwerb für den Fortgang der Ersitzung belanglos erklärt. Ein Antrag, der eine Gleichstellung des beim Erwerbe geforderten und des nachfolgenden guten Glaubens anstrebte, wurde abgelehnt. „Von dem Erwerber einer Sache könne man verlangen, daß derselbe beim Erwerbe eine gewisse Vorsicht beobachte. Dagegen erscheine es nicht gerechtfertigt, ihm nachher noch für die ganze Dauer der Ersitzungszeit die Verpflichtung aufzuerlegen, etwaigen Umständen nachzuforschen, welche die Ersitzung hindern könnten. Eine solche während der ganzen Ersitzungszeit dauernde Diligenzpflicht des Erwerbers entspreche nicht den Anschauungen des Lebens und würde zu den größten Belästigungen führen."

Zugegeben mag sein, daß eine Nachforschungspflicht, wie sie die 2. Kommission versteht und wie sie in dem die grobe Fahrlässigkeit ausschließenden guten Glauben begriffen ist, als eine kaum zu rechtfertigende Härte dem Ersitzenden gegenüber erscheint. Andererseits aber führt der Ausschluß der groben Fahrlässigkeit von dem Begriff des nachfolgenden bösen Glaubens zu sehr sonderbaren Ergebnissen, wie ein von Cosack aufgestelltes Beispiel beweist: Der Besitzer eines Pferdes liest in der Zeitung von einem gestohlenen Pferd, dessen Beschreibung auf sein Tier zu passen scheint. Da jedoch die Beschreibung von einem in der Sattellage sich befindlichen Kennzeichen spricht, vermeidet er es, das Pferd ungesattelt anzusehen und kommt damit nicht in nachfolgenden bösen Glauben. Die Ersitzung wird hierdurch also nicht unterbrochen und der Ersitzende wird nach Ablauf der Frist Eigentümer. Gegen einen derartigen „gutgläubigen" Eigentumserwerb wird sich aber wohl jedes Rechtsgefühl sträuben.

Die Ursache dieser Schwierigkeit liegt m. A. in der Begriffsbestimmung der groben Fahrlässigkeit. Es ist allerdings verfehlt, dem bereits in der Ersitzungslage Befindlichen den gleichen Grad von Sorgfalt aufzuerlegen hinsichtlich seines putativen Eigentums als beim Erwerbe; aber andererseits entspricht es keineswegs der Gerechtigkeit, den Ersitzenden von jeglicher Nachforschungspflicht

zu entbinden. Und das ist der Fall bei dem Ausschluß der groben Fahrlässigkeit, deren Vermeidung, wie bereits erwähnt, eine derartige Pflicht in sich begreift. Das Richtige wäre gewesen, für den nachfolgenden bösen Glauben den Begriff der groben Fahrlässigkeit in einfache Fahrlässigkeit zu erweitern, vielleicht in der Weise, daß der Ersitzende, während er bei dem putativen Eigentumserwerbe alle Eventualitäten, die diesem entgegenstehen, zu erwägen hätte, schon dann als im nachträglichen bösen Glauben zu gelten haben würde, wenn ihm Tatsachen bekannt werden, die seinen Erwerb in hohem Grade unwahrscheinlich erscheinen lassen, und er in diesem Falle nicht nachforscht. Der dem Ersitzungsgegner obliegende Beweis würde allerdings in der Praxis nur schwer zu erbringen sein.

Welcher Art der gute Glaube bei der Rechtsnachfolge hinsichtlich der Ersitzungssache zu sein hat, kann nicht zweifelhaft sein. Das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen ein Dritter von dem Ersitzenden die Ersitzungssache erlangt, ist auf Seite des Dritten ein Erwerb. Mithin hat er zu einer Fortsetzung der Ersitzung den für den Anfang erforderlichen guten Glauben nötig, d. h. es obliegt ihm die Pflicht der Diligenz im gleichen Umfange, als wenn er die Ersitzung begonnen hätte.

Eine mala fides superveniens des Ersitzungsvorgängers unterbricht natürlich die Ersitzung und schließt damit eine Anrechnung durch den Rechtsnachfolger aus, läßt aber die Möglichkeit eines Neubeginns in der Person des letzteren bei gutem Glauben und Vorliegen der übrigen Ersitzungserfordernisse bestehen.

Der nachträgliche böse Glaube des Erbschaftsbesitzers, der die Sache in dem für seinen Besitz erforderlichen guten Glauben zehn Jahre lang besessen hat, über die Zugehörigkeit der Sache zur Erbschaft kann selbstverständlich dem wahren Erben nicht schaden; denn er hat ja in diesem Zeitpunkt bereits Eigentum erworben. Gleichgültig dabei ist, ob sich die Sache noch in den Händen des schlechtgläubigen Erbschaftsbesitzers befindet oder nicht.

Eine Schwierigkeit kann man in der Frage erblicken, welcher Art der gute Glaube im Falle der durch Erbfall erfolgenden Anrechnung zu sein hat. Der Erbe erwirbt den Besitz mit dem Tode des Erblassers. In vielen Fällen wird er in dem Zeitpunkt seines Besitzerwerbes hiervon keine Kenntnis haben und somit in keinem Glauben bezüglich der Sache sein, vielmehr wird er erst später von dem bereits erfolgten Besitzerwerb erfahren. Die von der 2. Kommission gepflogenen Erörterungen lassen keinen Zweifel, daß in diesem Falle für den anrechnungsberechtigten Erben nur der nachfolgende böse Glaube in Betracht kommen soll. Dieser Ansicht stehen große Bedenken entgegen. Es ist damit eine neue

Art von Ersitzung statuiert. Der Erbe braucht nicht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gutgläubig, sondern nur ängstlich darauf bedacht zu sein, die einen Eigentumserwerb ausschließenden Mängel der ihm selbst bereits vielleicht verdächtigen Sache nicht positiv zu erfahren, um sich den Fortgang der Ersitzung und damit einen späteren Eigentumserwerb zu sichern.

Die Beschaffenheit des guten Glaubens des Erben, der nach dem Besitze eines Erbschaftsbesitzers die Ersitzungssache erlangt, kann aber nicht dieselbe sein. Der Erbe war allerdings bereits zur Zeit des Erbfalls, wenn auch vielleicht unbewußt im Besitze der Ersitzungssache; er hat diesen Besitz durch die Handlung des Erbschaftsbesitzers wieder verloren. Das Wiedererlangen des Besitzes ist ein neuer Erwerb, und bei diesem muß er, um seinerseits weiter ersitzen zu können, in dem für den Beginn der Ersitzung geforderten guten Glauben sein. Er ist hier also schlechter gestellt, wie wenn der Zwischenbesitz nicht bestanden hätte.

Hinsichtlich der Beweislast für den guten Glauben bestand zur Zeit der Geltung des gemeinen Rechts Streit. Die herrschende Praxis leitete den Beweis für den guten Glauben aus der Präsumtion dieses als notwendige Voraussetzung für die Ersitzung ab.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch kann nach der bereits von der 1. Kommission vertretenen Ansicht und nach der Fassung[1]) des § 937 bezüglich dieses Punktes kein Zweifel bestehen. „Der gute Glaube des Ersitzenden ist nicht zur Voraussetzung der Rechtsnorm gemacht, sondern für den Fall des bösen Glaubens eine Ausnahme bestimmt, weil von einer konkreten Erwerbungsart als positiver Grundlage des Ersitzenden, er sei Eigentümer, abgesehen wird".[2]) Es ist demnach klar, daß der Ersitzungsgegner Momente anzuführen hat, die den guten Glauben desjenigen, der sich auf die Ersitzung beruft, ausgeschlossen erscheinen lassen, was er in Form einer Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung (vgl. ZPO. §§ 767, 278) tun kann. Die Beweisführung für das Vorhandensein eines bösen Glaubens wird ihm durch die Möglichkeit, sich der Eideszuschiebung gemäß § 445 ZPO. zu bedienen, wesentlich erleichtert.

---

[1]) s. S. 18.

[2]) Mot. Bd. 3 S. 352; a. A. Goldmann-Lilienthal S. 444 Anm. 3.

§ 5.

4. Ersitzbarkeit.

„Darüber, daß möglicherweise ein Gesetz, welches bewegliche Sachen dem Verkehre entzieht und Besitz und Eigentum an denselben ausschließt, existiert, wenn es ein solches Gesetz geben sollte, braucht eine besondere Bestimmung nicht aufgenommen zu werden."[1]) Die Motive sprechen damit etwas Selbstverständliches aus. Eine Sache, die dem Eigentumserwerbe entzogen ist, kann nimmermehr ersessen werden.

Daß menschliche Körperteile, solange sie noch mit dem lebenden Körper verbunden sind, überhaupt nicht die Eigenschaft von Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben können, leuchtet ohne weiteres ein. Eine Kontroverse besteht nur hinsichtlich des Eigentumserwerbs der vom Körper getrennten Teile, deren Sacheneigenschaft ebenfalls unbestritten ist; die herrschende Ansicht und das Reichsgericht nimmt mit dem Moment der Abtrennung die Herrenlosigkeit an mit einem Vorzugsrecht der Aneignung des früheren Trägers.[2]) M. A. kann für diesen Umweg des Eigentumserwerbs kein Grund angeführt werden, und es dürfte kein Hindernis bestehen, den Träger analog dem § 953 das Eigentum erwerben zu lassen.[3]) Für die Ersitzung kommt die Verschiedenheit der Auffassungen nicht in Betracht, da auch bei Annahme von Herrenlosigkeit ein Dritter vermöge der Bestimmung des § 958 Abs. 2 sofort durch Aneignung Eigentum nicht erwerben kann.

Auch die menschliche Leiche ist keine res extra commercium. Wenn auch ein Vertrag des Lebenden über seinen Körper nach seinem Tode in den meisten Fällen als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig sein wird, so lassen sich doch immerhin Fälle denken, in denen die Vorschrift des § 138 nicht zutrifft. Ohne allen Zweifel aber ist eine Leiche, die sich die Ersitzungszeit hindurch in dem Ersitzungsbesitz eines Dritten befindet, Eigentum dieses Dritten geworden.

Eine bewegliche Sache, die ihrer Natur nach extrakommerziell ist, wird es wohl kaum geben. Die Verkehrsunfähigkeit einer beweglichen Sache dürfte vielmehr wohl stets auf einem durch Gesetz ausgesprochenen Veräußerungsverbot bestehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in diesem Punkte den früheren Rechten gegenüber einen freieren Standpunkt eingenommen. Es gibt keine Extra-

[1]) Mot. Bd. 3 S. 352.
[2]) Staudinger Bd. 1 Erl. 2a zu § 90.
[3]) Ebenso Hellmann, Vorträge S. 34.

kommerziellität mehr an den res sacrae und sanctae, und auch die dem öffentlichen Gebrauche gewidmeten Gegenstände sind nicht schlechthin dem Verkehr entzogen; doch können sich Beschränkungen aus dem öffentlichen Rechte und Vorbehalte landesrechtlicher Natur ergeben, die einen Eigentumserwerb ausschließen.

Im allgemeinen werden nur die verbotenen Sachen in Betracht kommen, an denen Besitz aus Gründen öffentlichen Wohls durch das Gesetz ausgeschlossen ist. An diesen kann niemals Eigentum erworben werden; auch dann nicht, wenn der in der Ersitzungslage Befindliche hinsichtlich des Verbotes im guten Glauben ist. Beispielsweise seien angeführt: RStGB. § 367 Ziff. 3; GewO. § 34 Abs. 3, § 56 Ziff. 9; Gesetz Maßregeln gegen die Rinderpest betr. v. 7. 4. 1869; Gesetz betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln usw. v. 14. 5. 1879; Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. 6. 1884.

Auch die durch die Art. 57—59 EG. z. BGB. von Veräußerungsverboten getroffenen beweglichen Sachen gehören an sich zu den res extra commercium. Da jedoch nach Art. 61 EG. z. BGB. auf den Erwerb an einem solchen Gegenstande, soweit er den zitierten Vorschriften widerspricht, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche ihre Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, so sind diese Veräußerungsverbote für die Ersitzung belanglos.

Dasselbe gilt für die zum Zwecke des Schutzes bestimmter Personen durch Gesetz, Gericht oder einer anderen Behörde getroffenen Veräußerungsverbote vermöge der Vorschriften der §§ 135 und 136 BGB.

Dritter Abschnitt.

§ 6.

Die Freiheitsersitzung.

Trotzdem durch das Wesen der Ersitzung bei einem durch sie erfolgenden Eigentumserwerb über Rechte, die an der Ersitzungssache bestanden oder bestehen, ein Zweifel ausgeschlossen erscheint, sah sich bereits die 1. Kommission zur Aufnahme einer dahinzielenden Bestimmung veranlaßt. Auch die 2. Kommission, die im allgemeinen sehr dazu neigte, der Auslegung die Entscheidung über manche Frage zu überlassen, hielt eine derartige Vorschrift für notwendig: „Mit dem Erwerbe des Eigentums durch Ersitzung erlöschen die an der Sache vor dem Erwerbe des Eigenbesitzers begründeten Rechte Dritter, es sei denn, daß der Eigenbesitzer bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes in Ansehung dieser Rechte nicht in gutem Glauben ist oder ihr Bestehen später erfährt. Die Ersitzungsfrist muß auch in Ansehung des Rechtes des Dritten verstrichen sein; die Vorschriften der §§ 939—944 finden entsprechende Anwendung".

Es besteht demnach die Möglichkeit, daß eine Sache zu belasteten Eigentum durch Ersitzung erworben wird, oder daß diese sich mit dem Erwerb von Eigentum auch auf die Freiheit von den an der Ersitzungssache bestehenden Belastungen bezieht.

Das Entscheidende ist lediglich das vom guten Glauben beherrschte Gebiet. Befindet sich der Ersitzende im guten Glauben, unbeschränktes Eigentum erworben zu haben, und behält er dieses Eigentumsbewußtsein innerhalb der Ersitzungszeit bei, so erwirbt er nach Ablauf der Frist unter der selbstverständlichen Voraussetzung der übrigen Ersitzungserfordernisse unbeschränktes Eigentum an der Ersitzungssache. Ein während der Ersitzungszeit bestehendes Bewußtsein von einer der Sache anhaftenden Eigentumsbeschränkung verschafft nach Vollendung der Ersitzungsfrist ein durch dieses Bewußtsein bestimmtes beschränktes Eigentum. In die prägnanteste Form gebracht, lautet demnach der § 945: Man ersitzt, wie man besitzt.

Der gute Glaube in Ansehung des einem Dritten zustehenden Rechtes an der Ersitzungssache muß qualitativ genau derselbe sein wie bei der reinen Eigentumsersitzung. Die Unkenntnis von dem die Sache belastenden Rechte darf auch hier nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen, und auch hier kommt für den Begriff des nachträglichen bösen Glaubens lediglich die Kenntnis von der Existenz des Belastungsrechtes in Betracht. Ebenso wird auch hier der gute Glaube vermutet und ist daher der Nachweis des bösen Glaubens Aufgabe des Ersitzungsgegners.

Neben dem guten Glauben muß für die Freiheitsersitzung ein zur Ersitzung unbeschränkten Eigentums geeigneter Besitzerwerb gefordert werden. Ausgeschlossen ist damit eine reine von der Eigentumsfrage vollkommen unabhängige Freiheitsersitzung. Der Nichteigentümer kann nicht die Pfandfreiheit einer Sache, der Nichterbe nicht die Freiheit von einem seitens des Erblassers bestellten Nießbrauche ersitzen.[1])

In den meisten Fällen wird wohl die Freiheitsersitzung mit der Eigentumsersitzung zusammenfallen. Doch ist es eine aus § 945 zu ziehende Schlußfolgerung, daß wie die Ersitzung nach § 945 die Wirkung hat, dingliche Rechte anderer aufzuheben, ohne weiteres daraus mittels argumentatio a maiore ad minus zu folgern ist, daß um so mehr die Ersitzung diese Wirkung haben muß, wenn der Besitzer bereits das Eigentum an der Sache gehabt hat.[2])

Übrigens ist bezüglich der Rechte Dritter an einer Sache in vielen anderen Arten des Eigentumserwerbs eine besondere Regelung getroffen. So in den §§ 936, 949, 950, 955, 957, 973. Die Bedeutung der Freiheitsersitzung in dieser Richtung ist demnach eine geringe. Sie kommt noch in Betracht bei der Aneignung einer herrenlosen Sache, bei der Erbfolge usw.

Meist wird die Frist der Freiheitsersitzung mit der der Eigentumsersitzung zusammenfallen. Anders geht es, wenn noch vor Ablauf der Eigentumsersitzungsfrist nach § 1032 Satz 1 in Verb. mit § 931 durch Abtretung des dem Eigentümer gegen den Ersitzenden zustehenden Herausgabeanspruchs an einen Dritten für diesen letzteren ein Nießbrauch bestellt wird. Planck will sowohl einen derart bestellten Nießbrauch als auch überhaupt alle nach dem Beginn der Eigentumsersitzungslage an der Sache begründeten Rechte von der Wirkung der Ersitzung ausgeschlossen wissen. Ein Grund für die auch von Planck nicht näher motivierte Behauptung ist m. A. aber nicht einzusehen, vielmehr wird der Be-

---

[1]) Enneccerus-Lehmann (1901) Bd. 2 § 61 S. 179.
[2]) Prot. Bd. 3 S. 238.

sitzende nach Ablauf der Ersitzungszeit seit Begründung seines Besitzes das, wenn auch noch durch den Nießbrauch des Dritten belastete Eigentum und nach Ablauf der Ersitzungsfrist seit Bestellung des Nießbrauchs, wenn er sich in Ansehung dieses in der Ersitzungslage befand, freies Eigentum an der Sache erwerben.

Bezüglich der Hemmung, Unterbrechung und Anrechnung gelten natürlich für die Freiheitsersitzung die für die Eigentumsersitzung maßgebenden Bestimmungen. Dabei sei als selbstverständlich hervorgehoben, daß eine die Freiheitsersitzung unterbrechende Klage, wie z. B. die gerichtliche Geltendmachung des dem Nießbraucher zustehenden Rechtes, eine Unterbrechung der Eigentumsersitzung nicht herbeiführt.

Vierter Abschnitt.

§ 7.

Ersitzung und Verjährung.

Ersitzung und Verjährung sind beide einem Gedanken entsprungen. Bei beiden Instituten wird einem gewissen Zeitablauf eine die Rechtslage ändernde Wirkung zuerkannt. Es ist daher begreiflich, wenn beide Institute früher fast vollkommen gleich gehandhabt und nur bezüglich ihrer Wirkung unterschieden wurden. So kannte das gemeine Recht im Gegensatz zu dem scharf trennenden römischen Recht eine akquisitive und eine extinktive Verjährung, je nachdem durch den Zeitablauf ein tatsächlich bestehender Zustand zu rechtlicher Anerkennung erhoben und so ein neuer Erwerbstitel begründet wurde oder durch die mit dem Zeitablauf eintretende Befestigung des tatsächlichen Zustands entgegenstehende Rechte untergingen. Hauptfall der Akquisitivverjährung war die Ersitzung, Hauptfall der Extinktivverjährung die Klageverjährung.[1])

Man bedachte nicht, welch großer direkter Gegensatz der beiden einem Gedanken entsprungenen Rechtsinstitute in ihren Wesen liegt. Die Verjährung ist eine vollkommen objektive und von einer Willensbetätigung unabhängige, mit dem Zeitlauf eintretende Änderung der Rechtslage, während die Ersitzung, wie mehrmals betont, eine an ihr Subjekt gebundene Erwerbsart ist und eine stete Tätigkeit des durch sie Erwerbenden verlangt.

Die im gemeinen Recht und in den Partikularrechten durch die ungerechtfertigte gleichmäßige Behandlung der beiden Institute entstandene Verwirrung und stete Verwechslung hat in Anlehnung an das römische Recht das Bürgerliche Gesetzbuch durch schärfste Unterscheidung wieder beseitigt. Die Ängstlichkeit hinsichtlich einer noch möglichen Verwechslung bezeichnet am besten, daß im Kreise der 2. Kommission der Antrag gestellt

[1]) Staudinger Bd. 1 Vorbem. zu § 193.

wurde, man möge es bei der Unterbrechung der Ersitzung durch Klageſtellung und deren Surrogate nicht bei der bloßen Verweiſung auf die analogen, für die Unterbrechung der Verjährung beſtehenden Beſtimmungen bewenden laſſen, ſondern die Rechtsſätze ausdrücklich wiedergeben, um die ſo bedenkliche Verquickung der Erſitzung und der Verjährung zu vermeiden.[1])

Eine gewiſſe Verbindung zwiſchen Erſitzung und Verjährung bildet zweifellos § 2026, wonach ſich der Erbſchaftsbeſitzer dem Erben gegenüber, ſolange nicht der Erbſchaftsanſpruch verjährt iſt, auf die Erſitzung einer zur Erbſchaft gehörenden, von ihm beſeſſenen Sache nicht berufen kann. Am nächſten aber kommt die Freiheitserſitzung der Verjährung. Auch ſie hat wie dieſe einen rechtsvernichtenden Charakter und unterſcheidet ſich damit gegenſätzlich von der Eigentumserſitzung.

Es iſt nur gut zu heißen, wenn die Kommiſſion zur Beratung des Bürgerlichen Geſetzbuchs eine genaue begriffliche und weſentliche Unterſcheidung der beiden Inſtitute ſtark betont hat; Verwechſlungen und Irrtümer rechtlicher Natur ſind dadurch ausgeſchloſſen.

Allein dieſe ſcharfe Trennung ſollte und dürfte aber nicht dazu führen, dieſe beiden Inſtitute geradezu feindlich gegenüberzuſtellen. Ihre aus einem einheitlichen Gedanken entſtandenen Grundideen ſollten ſich vielmehr ergänzen. Ein in der zweiten Beratung geſtellter Antrag wollte dieſes Ziel erreichen und eine außerordentliche Erſitzung in ähnlicher Weiſe wie bei den Immobilien ſtatuiert wiſſen. Die Gründe, die der Kommiſſion für die Ablehnung maßgebend waren, waren etwas kleinlicher Natur und gipfelten hauptſächlich darin, daß bei einer Zulaſſung der außerordentlichen von den Haupterforderniſſen der ordentlichen abſehenden Erſitzung auch ein Dieb an der von ihm geſtohlenen Sache Eigentum erwerben könne, ohne daß dies der Eingentümer zu verhindern imſtande ſei.[2])

Es wäre aber vielleicht doch auch praktiſcher geweſen, dem Antrag ſtattzugeben und den unerquicklichen Zuſtand eines dominium sine re, der für den Eigentümer doch meiſt einen Eigentumsverluſt bedeutet, zu beſeitigen und ihn nicht als ein unſerem modernen praktiſchen Gefühl widerſprechendes juriſtiſches Kurioſum beſtehen zu laſſen.

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 234.
[2]) Prot. Bd. 3 S. 235 u. 236.

Spezialdruckerei für Diſſertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.